

REVISTA JURÍDICA DA FA7

PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL ANUAL DO CURSO DE DIREITO
DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO

RevJurFA7	Fortaleza	v. VIII	n. 1	abr. 2011	366 p.
-----------	-----------	---------	------	-----------	--------

Revista Jurídica da FA7: periódico científico e cultural anual do curso de direito da Faculdade 7 de Setembro / Faculdade 7 de Setembro – v. 1, nº 1, (jan./dez. 2004) – Fortaleza: Bookmaker, 2004.

Publicação anual
ISSN 1809-5836

1. Periódico científico e cultural – Faculdade 7 de Setembro – FA7.
2. Artigos Jurídicos. I. Faculdade 7 de Setembro – FA7.

CDD 340.05

Pede-se permuta / *We ask for exchange* / *On demande l'échange* / *Se pide permuta*

REVISTA JURÍDICA DA FA7
PERIÓDICO CIENTÍFICO E CULTURAL ANUAL DO CURSO DE DIREITO DA FACULDADE 7 DE SETEMBRO
www.fa7.edu.br / revjurfa7@fa7.edu.br

EDITOR

Felipe dos Reis Barroso

CONSELHO EDITORIAL

Alécio Saraiva Diniz
Ângela Teresa Gondim Carneiro
Danilo Fontenelle Sampaio
Ednilo Gomes de Soárez
Fernando Antônio Negreiros Lima
Felipe Braga Albuquerque
João Luis Nogueira Matias
José Feliciano de Carvalho
Luiz Dias Martins Filho
Maria Vital da Rocha

CONSELHO INTERNACIONAL

Antonio Fernández de Buján
(Universidade Autônoma de Madri, Espanha)
Luís Rodrigues Ennes
(Universidade de Vigo, Espanha)
María José Bravo Bosch
(Universidade de Vigo, Espanha)

EDITORACÃO ELETRÔNICA

Carlos Rios

PROJETO GRÁFICO



Tiragem: 500 exemplares

ISSN 1809-5836

FACULDADE 7 DE SETEMBRO

Rua Maximiano da Fonseca, 1395 – Bairro Eng. Luciano Cavalcante

CEP: 60811-024 – Fortaleza, Ceará, Brasil

Telefone: (+55.85) 4006.7600

DIRETOR-GERAL

Ednilton Gomes de Soárez

DIRETOR ACADÊMICO

Ednilo Gomes de Soárez

VICE-DIRETOR ACADÊMICO

Adelmir de Menezes Jucá

SECRETÁRIA-GERAL

Fani Weinschenker de Soárez

COORDENADORES:

Administração: Francisco Hercílio de Brito Filho

Ciências Contábeis: Emílio Capelo

Comunicação Social: Juliana Lotif

Direito: Maria Vital da Rocha

Pedagogia: Selene Maria Penaforte Silveira

Sistemas de Informação: Marum Simão Filho



APRESENTAÇÃO

O presente volume da nossa revista externa sentimentos mistos de alegria e tristeza dos que fazem o curso de Direito da FA7.

Comemoramos o oitavo número ininterrupto com artigos de doutrinadores brasileiros e estrangeiros, e de alunos que obtiveram a maior pontuação nos VI e VII Encontros de Iniciação Científica da faculdade, ocorridos em 2010 e 2011, respectivamente.

Por outro lado, lamentamos por deixar de contar com a colaboração do nosso incansável professor doutor Agerson Tabosa Pinto, falecido em julho deste ano. Em sua homenagem, registramos o lançamento, ainda em vida, da obra *Temas de Direito Privado*, em maio do ano passado, e o evento X Semana FA7 de Direito, em agosto deste, sobre a presença do Direito Romano no Direito contemporâneo, onde participaram professores e profissionais juristas daqui e d'além-mar. Portanto, dedicamos este número à memória do dileto romanista, que saiu de Itapajé para propagar lições da Roma antiga para centenas de turmas de acadêmicos de Direito. *Requiescat in pace*, Agerson.

Por fim, agradecemos aos colaboradores pelos textos aqui publicados; e à profa. dra. Maria Vital da Rocha, coordenadora do curso de Direito, pela confiança depositada no nosso trabalho.

Até a próxima!

Prof. Ms. Felipe dos Reis Barroso
editor



SUMÁRIO

Artigos

CONTORNOS DO NOVO DIREITO AUTORAL <i>ON NEW AUTHOR'S RIGHTS</i> Felipe dos Reis Barroso e Giovanna Lima Santiago Carneiro	13
LAS MAGISTRATURAS ROMANAS COMO EJEMPLO DE CARRERA POLÍTICA <i>AS MAGISTRATURAS ROMANAS COMO EXEMPLO DE CARREIRA POLÍTICA</i> María José Bravo Bosch	21
DIGNIDAD SOCIAL Y AUTORIDAD. EL LEGADO DE ROMA Y SU PRESENCIA EN EL PROTOCOLO DE NUESTROS DÍAS <i>DIGNIDADE SOCIAL E AUTORIDADE: O LEGADO DE ROMA E SUA PRESENÇA NA BUROCRACIA HODIERNA</i> Luis Rodríguez Ennes	37
DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DE INFRAÇÃO AMBIENTAL <i>COLLECTIVE MORAL DAMAGES DUE TO ENVIRONMENTAL VIOLATION</i> André Dias Fernandes	59
DISPOSIÇÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 – NOVA LEI DO DIVÓRCIO <i>PROVISIONS ON THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT 66/2010- NEW LAW OF DIVORCE</i> Andréa Maria Sobreira Karam	71
JURISPRUDÊNCIA ARCO-ÍRIS: COMENTÁRIOS À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS <i>RAINBOW JUSTICE: COMMENTS ON THE BRAZILIAN SUPREME COURT DECISION REGARDING GAYS RIGHTS</i> George Marmelstein	87
CRISE PLANETÁRIA, ESTADO AMBIENTAL E ECOSOCIALISMO: APONTAMENTOS PARA UMA APROXIMAÇÃO DE CONCEITOS <i>PLANETARY CRISIS, ENVIRONMENTAL STATE AND ECOSOCIALISM</i> João Alfredo Telles Melo	125
MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO – UM ESTUDO SOBRE A APLICABILIDADE NA SEGUNDA UNIDADE DOS JECC DA COMARCA DE FORTALEZA <i>MEDIATION AND CONCILIATION – AN EXPERIENCE IN FORTALEZA, BRAZIL</i> Carlos Henrique Garcia de Oliveira	141
IMPOSIÇÃO DO DIREITO SANITÁRIO SOBRE OS INTERESSES ECONÔMICOS E COMERCIAIS NAS ZONAS PORTUÁRIAS. ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO <i>SANITARY LAW AND ECONOMIC AND COMMERCIAL INTERESTS IN HARBOR ZONES: CASE ANALYSIS</i> Luís Praxedes Vieira da Silva	157
LIBERDADE: UM ELO EM COMUM ENTRE MARX E RAWLS <i>FREEDOM: THE LINK BETWEEN MARX AND RAWLS</i> Natércia Sampaio Siqueira e Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz	169

DEMOCRACIA ARGUMENTATIVA COMO REQUISITO ESSENCIAL DO CUMPRIMENTO DO IDEAL DEMOCRÁTICO <i>DEMOCRACY ARGUMENTS AS ESSENTIAL REQUIREMENT OF COMPLIANCE WITH THE DEMOCRATIC IDEAL</i> Ileide Sampaio de Sousa	185
A ADPF 153 E A OBRIGAÇÃO DE RESPONSABILIZAR OS AUTORES DE CRIMES NUCLEARES: ANÁLISE DO CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL <i>THE GOMES LUND AND OTHERS VS. BRAZIL CASE: CONSTITUTIONAL ASPECTS</i> Enéas Romero de Vasconcelos	199
VI Encontro de Iniciação Científica (Níveis de graduação e pós-graduação)	
RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL: VINCULAÇÃO, SEPARAÇÃO E AS CONTRIBUIÇÕES DE HABERMAS E NINO <i>LAW AND MORALITY ACCORDING TO HABERMAS AND NINO</i> Bruno Cunha Weyne	215
A DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO PROTETOR DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO EMPREGADO EM FACE AO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR <i>HUMAN DIGNITY AS PROTECTIVE SUPPORT OF WORKER'S PERSONALITY RIGHTS FACING DIRECTIVE EMPLOYER'S POWER.</i> Ana Carolina da Costa Magalhães	233
UMA ANÁLISE DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL <i>AN ANALYSIS OF LEGAL EDUCATION IN BRAZIL</i> Nathalie de Paula Carvalho	249
A INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO MEIO EXECUTIVO PARA A TUTELA DOS NOVOS DIREITOS <i>JUDICIAL INTERVENTION AS PROTECTION TO NEW RIGHTS</i> Lucas de Brandão e Mattos	261
CAPITAL SOCIAL E DESENVOLVIMENTO: PERSPECTIVAS DE COMBATE À POBREZA E DE FORTALECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS <i>SOCIAL CAPITAL AND DEVELOPMENT: FIGHTING POVERTY AND STRENGTHENING DEMOCRATIC INSTITUTIONS.</i> Andreia Maria Santiago	279
VENEZUELA: RUPTURAS E CONTINUIDADES <i>VENEZUELA: RUPTURES AND CONTINUITIES</i> Lorena Magalhães Paiva	291
VII Encontro de Iniciação Científica (Nível de graduação)	
OS PARADIGMAS EPISTEMOLÓGICOS QUE SUBJAZEM ÀS DECISÕES JUDICIAIS <i>EPISTEMOLOGICAL PARADIGMS UNDERLYING LEGAL DECISIONS</i> Telga Persivo Pontes de Andrade	309

FUNDAMENTAÇÃO PRAGMÁTICO-TRANSCENDENTAL DA VALIDADE UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS <i>FUNDAMENTAL ASPECTS OF UNIVERSAL HUMAN RIGHTS</i> Victor de Resende Mota	319
CRITÉRIO TEMPORAL DO IMPOSTO SOBRE A HERANÇA <i>TEMPORARY CRITERION OF INHERITANCE TAX</i> Bruno Nogueira Rebouças	333
O DIREITO DE INTERVENÇÃO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: A JUSTIFICAÇÃO RACIONAL SEGUNDO A FILOSOFIA POLÍTICA DE JOHN RAWLS <i>THE RIGHT TO INTERVENTION IN THE REALM OF INTERNATIONAL RELATIONS: THE RATIONAL JUSTIFICATION ACCORDING TO JOHN RAWLS'S POLITICAL PHILOSOPHY</i> Lucas Romero Montenegro	349

Os textos assinados são de responsabilidade exclusiva dos seus autores
e estão organizados por ordem alfabética pelo sobrenome do autor.

Os *abstracts* encontram-se ao final dos textos respectivos
/ *The abstracts follow each text.*

CONTORNOS DO NOVO DIREITO AUTORAL

Felipe dos Reis Barroso

Mestre em Administração (DePaul University, EUA).

Professor do curso de Direito da FA7.

felipe.barroso@uol.com.br

Giovanna Lima Santiago Carneiro

Advogada. Graduada em Direito pela FA7.

giovanna2804@yahoo.com.br

Sumário: Introdução. 1. Os direitos autorais. 2. A lei nº 9.610/1998 e o projeto de lei. Considerações finais.

Resumo: Os desafios impostos pela tecnologia digital ao direito do autor têm gerado discussões e tentativas de aprimoramento da legislação por diversos setores da sociedade. No presente artigo, analisam-se brevemente propostas feitas pelo Ministério da Cultura para a consolidação de projeto de lei, buscando tentar conciliar e resguardar interesses dos autores e da sociedade.

Palavras-chave: Direito autoral. Obra intelectual. Internet.

INTRODUÇÃO

O direito de autor, ramo do direito privado, tem como principal objetivo proteger os mais diversos tipos de obras do espírito, como as artísticas e científicas.

Essa proteção dá-se principalmente através da regulamentação da utilização, reprodução, publicação, distribuição e tradução de tais obras, além de outros cuidados com o direito do autor sobre sua própria criação.

Primeiramente, interessante é o estabelecimento de um marco inicial, a partir do qual surgiu a preocupação com os direitos autorais.

A maior parte da doutrina aponta a invenção da máquina de imprensa como o principal acontecimento impulsionador da regulação dos direitos autorais. Porém, mais do que a máquina de imprensa em si, a possibilidade de se multiplicar os escritos foi o fator preponderante. (Abrão, 2008)

Dessa forma, com a evolução dos meios de comunicação surgiu a necessidade de proteger os direitos dos autores, o que foi feito, em primeiro lugar, através da Convenção de Berna, de 1886. Já no Brasil, isso ocorreu um pouco mais tarde, com a Lei 496 de 1898.

1 Os DIREITOS AUTORAIS

O surgimento da preocupação com os direitos dos autores é relativamente recente no mundo. No Brasil, no tocante à normatização do tema, vale chamar atenção para a lei federal nº 5.988/1973, que veio solucionar controvérsias antes existentes em virtude da falta de um diploma que tratasse exclusivamente sobre direitos autorais.

Posteriormente, tal lei foi revogada pela lei nº 9.610/1998 (LA), ainda em vigor. Além da lei específica, os direitos de autor também estão albergados pela Constituição Federal de 1988, especialmente em seu artigo 5º, inciso XXVII, que diz: “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

Porém, antes de tratar especificamente dos pontos relevantes da referida lei, vale o destaque a certos aspectos do direito autoral em si. Primeiramente, faz-se importante definir alguns conceitos e princípios que regulam a matéria.

De acordo com Bittar (1999, p. 27): “O sujeito dos direitos autorais é o criador da obra, como titular originário.” Ou ainda como disciplina a própria lei 9.610/98, em seu artigo 11: “Autor é a pessoa física criadora de obra literária, artística ou científica.”

Já com relação às obras abrangidas pelo direito de autor, ensina Bittar que:

[...] se acham compreendidas no contexto do Direito de Autor as obras de caráter estético, ou seja, destinadas à sensibilização ou à transmissão de conhecimentos. São as obras de literatura, de artes e de ciência, enquadrando-se nesse conceito as criações que, por natureza, se revistam dos caracteres próprios em cada campo. (1999, p. 27)

A lei 9.610/98, em seu artigo 7º, diz que: “São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro [...]”. Ao que se segue um rol exemplificativo de meios e veículos de comunicação em que os autores dos mais diversos tipos de obras podem divulgar suas criações, tais como: obras literárias, científicas, fotográficas, de desenho e muitas outras.

Esclarecidos esses primeiros conceitos, necessário se faz ainda destacar alguns princípios norteadores da matéria. Bittar aponta como um dos postulados centrais o da exclusividade para a exploração da obra, do qual nascem os direitos do autor em relação à proteção da obra. O principal aspecto é o da exploração econômica da obra, como explica o referido autor:

Com o princípio da exclusividade para a exploração da obra, institui-se a favor do autor monopólio para a utilização econômica, que lhe possibilita usar, gozar, autorizar o uso e transmitir por sucessão os direitos sobre sua criação. (1999, p. 22)

Vale também tratar do princípio da especialidade da matéria, considerando que direito de autor, como um ramo do direito privado, tem suas próprias regras e conteúdo exclusivo.

Porém, no âmbito dos direitos autorais, por ser matéria bastante complexa, percebem-se dúvidas e discussões. Destaque-se, por exemplo, o conflito existente entre direitos individuais e difusos nesta seara. Como se pode imaginar, os direitos do autor sobre sua obra não são absolutos. O legislador vislumbrou hipóteses em que este direito deve ser limitado em prol de um ganho maior de toda a sociedade. Tais hipóteses referem-se a obras intelectuais que possam trazer conhecimento e informação, como os livros, músicas, obras de artes plásticas:

Essas limitações aos direitos de propriedade intelectual são exceções ao princípio da autorização prévia ao uso público desses direitos por parte de terceiros, recorrência da exclusividade *erga omnes*. Em todos os casos as limitações estão a atender outros direitos e garantias fundamentais, como o direito à informação ou o direito ao bem-estar social [...] (Abrão, 2008, p. 183)

Vê-se que tal direito envolve tanto interesses de ordem pública, como nos casos de difusão de obras, como interesses de ordem privada, pois visa a proteger o direito do próprio autor. Este, por sua vez, costuma ser subdividido em direitos morais e patrimoniais, assim definidos:

[...] temos acentuado que o aspecto moral é a expressão do espírito criador da pessoa, como emanção da personalidade do homem na condição de autor de obra intelectual estética. Já o elemento patrimonial consubstancia-se na retribuição econômica da produção intelectual, ou seja, na participação do autor nos proventos que da obra de engenho possam advir, em sua comunicação pública. (Bittar, 1999, p. 33)

Ainda de acordo com Bittar, são características do direito moral do autor: a perpetuidade, imprescritibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade. Considerado direito da personalidade, Bittar (2008, p. 142) chama ainda atenção para o “elo espiritual entre o autor e sua concepção intelectual [...]”

Com relação ao direito patrimonial do autor, a partir do qual o criador de uma obra pode explorar economicamente seus frutos, este pode ser considerado um direito de propriedade, neste caso, propriedade imaterial.

Percebe-se que o direito de autor possui múltiplas facetas, uma vez que existem diversas teorias que tentam definir sua natureza jurídica, tornando o tema bastante complexo e, por isso, alvo de inúmeras discussões.

Nessa esteira, destaque-se que o Código Civil de 2002 inovou em relação ao diploma anterior, deixando de incluir o direito de autor entre os direitos de propriedade para delegar a lei especial, qual seja a lei nº 9.610/98. (Monteiro, 2011)

Após esses breves esclarecimentos, passa-se à análise e comparação entre a Lei de Direitos Autorais e o projeto de lei que pretende modificá-la em alguns pontos.

2 A LEI Nº 9.610/1998 E O PROJETO DE LEI

Nesse tópico serão analisados os principais artigos da Lei nº 9.610 que foram revisados pelo projeto de lei, a fim de se verificar o que efetivamente se pretende mudar em relação aos direitos autorais.

Antes, porém, cumpre fazer uma brevíssima análise da exposição de motivos do dito projeto de lei para entendermos quais as deficiências do atual ordenamento jurídico no que diz respeito ao tema.

Primeiramente, é apontado conflito de ordem constitucional, uma vez que há um desequilíbrio entre o direito do autor de ter sua obra protegida e o direito fundamental de toda a sociedade de ter acesso ao conhecimento e à cultura. Tais direitos estão resguardados, respectivamente, pelos incisos XXVII e XIV do artigo 5º da Constituição Federal.

Segundo a exposição de motivos, a norma atual impõe limites a tais direitos:

No entanto, a Lei 9610/98 apresenta uma série de obstáculos ao exercício desses direitos, como a impossibilidade de realização de cópia integral de obra sem autorização prévia, de reprodução de obras para a preservação e restauração, de reprodução de obras direcionadas aos portadores de deficiência física, ou mesmo em alguns casos de atividades de ensino. (Minc, *online*)

Em segundo lugar, o desequilíbrio na relação entre os autores e os investidores é apontado como um dos motivos para a modificação da atual lei. Embora seja reconhecida a necessidade de uma intermediação de empresas investidoras no sentido da divulgação cultural, há uma resistência quanto à forma como se dá a relação entre os criadores e tais empresas.

Isso porque se verifica a necessidade de valorizar mais a posição do criador, a fim de que este possa se relacionar com as referidas empresas de forma mais igualitária. Assim, vale observar a passagem a seguir:

De fato, apesar de grande produtor de conteúdos protegidos, os autores brasileiros, titulares originários de direitos no campo da música e do audiovisual, por exemplo, são obrigados a lidar com intermediários que são, em sua absoluta maioria, representantes de multinacionais com sede em outros países. (Minc, *online*)

O objetivo, no que diz respeito a esse ponto, é fazer com que as riquezas produzidas por autores brasileiros permaneçam dentro do país, e não seja apropriada, em sua maior parte, pelas multinacionais com sede em outros países.

Por último, o projeto de lei defende uma participação efetiva do Estado na proteção dos direitos autorais. A lei nº 9.610 eliminou a atuação do Estado quando revogou o antigo Conselho Nacional de Direito Autoral, e desde então prevalece a ausência de ações do governo na área dos direitos autorais, situação que surgiu com a ideia de que tais direitos são de ordem privada, não devendo haver intervenção estatal.

Para entender melhor a importância do papel do Estado, apontada como um dos motivos de reforma da lei:

O discurso que defendia a ausência do Estado brasileiro nesse período, com a justificativa de que se trataria de interesses privados, na prática legitimava o resultado das disputas assimétricas entre os atores envolvidos na matéria. Sem qualquer forma de acompanhamento institucional por parte do Estado, as ações de governo existentes na matéria até recentemente se davam mais como resultado das pressões internacionais que o país sofria do que como fruto dos anseios dos criadores e titulares de direitos nacionais, os quais, na ausência de um interlocutor capaz na esfera do Executivo, com frequência sobrecarregaram o poder Judiciário. (Minc, *online*)

Após essa brevíssima análise da exposição de motivos do projeto de lei e entendendo melhor os objetivos deste, passa-se às principais modificações.

O Ministério da Cultura aponta alguns dispositivos principais da lei que devem ser aperfeiçoados nesta etapa final do processo de reforma, por isso o presente artigo se concentrará nos referidos pontos.

Primeiramente, no título que trata das limitações aos direitos do autor, pode-se observar uma mudança no sentido de ampliar essas limitações, uma vez que abre mais possibilidades de reprodução de obras, como no caso do artigo 48, no qual foram incluídas as obras de artes visuais, reforçando o direito da sociedade de acesso à cultura e ao conhecimento. Referido dispositivo está com a seguinte redação: “Art. 48. As obras de artes visuais e arquitetônicas permanentemente situadas em logradouros públicos podem ser livremente representadas, por qualquer meio ou processo, inclusive fotográfico ou audiovisual.”

Importante citar ainda a modificação do inciso I do artigo 46, que autoriza a reprodução, em uma só cópia, de obra publicada e obtida de maneira legal e desde que para fins não comerciais, autorização que não consta na lei atual.

Outro ponto muito relevante do projeto de lei é o que diz respeito à reprografia das obras literárias, sobre o que tratam os artigos 88-A e 88-B, adicionados ao texto da lei. Vale chamar atenção especificamente para segundo, pois deixa claro que o direito do autor sobre sua obra não é absoluto:

Art. 88-B. O Poder Judiciário poderá autorizar a reprografia de obras literárias sempre que, ao exercer seus direitos patrimoniais, o titular dos direitos de reprodução ou a respectiva associação de gestão coletiva exceda manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, ou impeça o exercício do direito constitucional à educação.

Tal dispositivo representa também uma limitação ao direito autoral, visto que impede o autor de usar e dispor de sua obra como bem entender. Isso quer dizer que, uma vez criada, a obra desempenha um papel perante toda a sociedade, e nem o próprio autor pode transpor os limites da boa-fé, por exemplo, apenas por ser o criador.

Nessa mesma linha de raciocínio, importante também transcrever a redação do artigo 110-A: “O titular de direito autoral, ou seu mandatário, que, ao exercer seu direito de forma abusiva, praticar infração da ordem econômica sujeitar-se-á, no que couber, às disposições da Lei nº 8.884 [....]”

Com relação à participação do Estado no âmbito dos direitos autorais, o projeto de lei pretende a criação de um órgão fiscalizador das entidades arrecadadoras.

Atualmente, o Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) é a maior entidade arrecadadora do país. Associação civil de natureza privada, atua como substituto processual dos autores associados, arrecadando os valores relativos aos direitos patrimoniais destes, funções descritas no artigo 98 do projeto de lei:

Art. 98. Com o ato de filiação, as associações de gestão coletiva de direitos autorais de que trata o art. 97 tornam-se mandatárias de seus associados para a prática de todos os atos necessários à defesa judicial ou extrajudicial de seus direitos autorais, bem como para o exercício da atividade de cobrança desses direitos.

O objetivo, portanto, do projeto de lei parece-nos ser criar um órgão do governo cuja função seria fiscalizar esse tipo de associação arrecadadora, tornando a participação do Estado mais efetiva na proteção dos direitos autorais, como já acontece em diversos países.

Dessa forma, o projeto de lei torna condição necessária à existência da entidade arrecadadora seu registro no Ministério da Cultura, o que, por sua vez, está condicionado ao atendimento de uma série de requisitos, elencados no *caput* do artigo 98-A: “O exercício da atividade de cobrança de que trata o art. 98 dependerá de registro prévio no Ministério da Cultura, conforme disposto em regulamento [....]”

Entre os requisitos, vale o destaque para a demonstração de uma administração eficaz em que sejam seus associados representados de forma transparente, bem como a apresentação de diversos documentos, como cadastro das obras e seus titulares, além de contratos, convênios, atas das assembleias etc.

Outro ponto relevante a ser discutido nesse processo de reforma é, sem dúvida, a questão dos conteúdos publicados na internet. Com a evolução da tecnologia, a divulgação de informações é feita de maneira cada vez mais rápida, exigindo adequação do ordenamento jurídico à nova realidade.

Essas relações estabelecidas através da internet demandam regulamentação, o que está sendo buscado pela reforma da lei de direitos autorais. Observe-se o que prevê o projeto:

Art. 105-A. Os responsáveis pela hospedagem de conteúdos na Internet poderão ser responsabilizados solidariamente, nos termos do Artigo 105, por danos decorrentes da colocação à disposição do público de obras e fonogramas por terceiros, sem autorização de seus titulares, se notificados pelo titular ofendido e não tomarem as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro de prazo razoável, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente.

Além disso, dispõe ainda o projeto de lei que os responsáveis pela hospedagem de conteúdos na internet deverão disponibilizar um espaço para o recebimento de notificações que tenham como objetivo, principalmente, a retirada de conteúdo considerado infringente. As próprias notificações devem atender a alguns requisitos, como conter a identificação do notificante e do conteúdo que deverá ser removido, de acordo com os parágrafos 1º e 2º do artigo 105-A.

Essas foram algumas das propostas de mudança apresentadas pelo projeto de lei, submetidas à apreciação da sociedade, para que seus membros contribuíssem com ideias e sugestões.

Os dispositivos acima apresentados estão entre os que foram detectados pelo Minc como objetos de aperfeiçoamento nessa fase final da reforma.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da tecnologia, dos meios de comunicação e da própria sociedade fez surgir inúmeras discussões em torno da questão dos direitos autorais.

Sentiu-se a necessidade de adequar a legislação à situação atual, protegendo os direitos dos autores, porém não se esquecendo de resguardar o direito fundamental de toda a sociedade de ter acesso à informação e à cultura.

Para dar mais equilíbrio à relação entre esses direitos conflitantes, a reforma busca também uma maior participação do Estado na esfera dos direitos autorais, o que pode dar mais segurança aos criadores e mais credibilidade às entidades arrecadadoras.

Com isso, espera-se que os autores brasileiros sejam mais valorizados e tenham seus direitos morais e patrimoniais garantidos, sem que isso cerceie o direito ao acesso ao conhecimento, à informação e à cultura.

REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Eliane Y. O interesse público e o privado na propriedade intelectual. **Revista de Direito do Trabalho**, nº 131. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Contornos atuais do direito do autor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- BRASIL. **Lei nº 9.610 de 19 de Fevereiro de 1998**. Disponível em: <www.presidencia.gov.br>
- MOTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PELLEGRINI, Luiz Fernando Gama. **Direitos Autorais**. Direitos morais dos sucessores. Obra caída em domínio público. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. **Direito Autoral**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

ON NEW AUTHOR'S RIGHTS

Abstract: *Digital technology has been imposing important challenges on legal aspects of author's rights in Brazil. This article focuses briefly on the propositions made by the Ministry of Culture, envisaging the consolidation of a project of law that attempts to conciliate interests of authors and society.*

Keywords: *Author's rights. Intellectual work. Internet.*

Data de recebimento: **set/2010** – Data de aprovação: **nov/2010**

LAS MAGISTRATURAS ROMANAS COMO EJEMPLO DE CARRERA POLÍTICA.

María José Bravo Bosch

Professora titular de Direito Romano na
Universidade de Vigo (Espanha)
bravobosch@uvigo.es

Sumário: Introdução. 1. Os direitos autorais. 2. A lei nº 9.610/1998 e o projeto de lei. Considerações finais.

En la antigua Roma, si se quería acceder al más alto cargo de la administración, y por ende, al más alto escalafón político, se tenía que realizar un determinado recorrido, con una jerarquización estricta, que obligaba a comenzar desde abajo en cargos de escaso relieve si se quería llegar a desempeñar el más alto cometido, personificado en la figura del cónsul. Sin embargo, en la actualidad, se accede a los distintos puestos de carácter político sin tener que acreditar un *cursus honorum* tipificado, pudiendo llegar a lo más alto sin demostrar la cualificación necesaria para el desempeño de tal función. Nuestro propósito en el presente trabajo es poner de relieve como el estamento político de Roma estaba bien organizado, ya que a través de la experiencia adquirida en las distintas magistraturas desempeñadas, los magistrados adquirirían las competencias y habilidades necesarias para poder llegar al más alto nivel en Roma.

La administración romana era un ejemplo seguramente debido a la necesidad de poner en orden todos los territorios conquistados, pero eso no empaña el mérito indiscutible de haber establecido un orden necesario que todo ciudadano que quisiese hacer carrera política tenía que respetar.

Lo que vamos a hacer a continuación es un análisis del *cursus honorum* en la antigua Roma, pero ciñéndonos en concreto a la etapa de aquella Roma imbuida ya por el derecho clásico, pero todavía no sometida al control imperial posterior que hará surgir un nuevo modelo de personal al servicio de la administración, antecedente del moderno funcionario¹. La perfección

¹ Vid. al respecto, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, 12 ed. Pamplona, 2009, p. 247-248, cuando afirma: “A partir básicamente del Principado surge la figura del funcionario, si bien dicho término no fue utilizado por la tradición jurídica, quizá porque en contraposición a lo que ocurría con la concepción del magistrado, *magistratus*, republicano, los funcionarios no tuvieron un carácter jurídico unitario, por lo que se les atribuyeron denominaciones específicas como *praefecti*, *curatores*, etc. En todo caso, se trataba de personas que desarrollaban una actividad pública, bien en la Cancillería Imperial o bien en los distintos entes provinciales o locales y que eran titulares de un estatuto caracterizado de modo progresivo por notas como jerarquización, carrera administrativa, respecto a las formas, racionalidad y estabilidad”.

alcanzada por Roma en el campo de sus instituciones queda manifiestamente claro en el desarrollo de su propia administración. De este modo, en la época republicana² se repartieron poderes y competencias entre un número no muy elevado de magistrados, a pesar de la ya considerable extensión territorial de Roma, lo que da cuenta de la perfecta regulación de competencias divididas entre las distintas magistraturas creadas al efecto, coordinadas entre sí y jerarquizadas, de acuerdo con el *cursus honorum* establecido, que marca cuando y cómo se puede acceder a una magistratura determinada. Conscientes del abismo temporal entre la administración del siglo XXI y la de la antigua Roma, asentada desde el siglo III a. C.³ creemos necesario abordar el presente estudio, que explicará la necesidad ya desde antiguo de establecer distintos niveles en puestos de trabajo de la administración, y la necesaria promoción para incentivar el esfuerzo perseguido. En otras palabras, la posibilidad de ascender en la carrera administrativa, uno de los mayores acicates a la hora de ingresar en la Administración, ya estaba vigente en el *ius honorum* accesible a los ciudadanos romanos⁴.

Además, nuestro estudio se centra en el papel desempeñado por los magistrados de Roma, sin ahondar en el cometido de los nuevos administradores nombrados para regir los distintos territorios que se iban incorporando a un imperio romano cada vez mayor. Ya Sila, en el siglo I a.C. crea la diferenciación entre el gobierno de Roma, *imperium domi*, gestionado por los magistrados, y el de las provincias, *imperium militiae*⁵, que se asigna a procónsules y propretore, con el

² C. VARELA, “La evolución histórico-política de Roma”, en *RGDR* 8, 2007, www.iustel.com, p. 10: “Tras la desaparición de la Monarquía, Roma fue sucesivamente pasando por un gobierno de dictadores, decenviros y tribunos militares hasta conseguir finalmente el establecimiento de una serie de magistrados que, interrelacionándose con el senado y los comicios, se encargaron de la dirección de los aspectos principales de la vida pública”.

³ G. POMA, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, Bolonia, 2002, p. 68: “Il sistema magistratuale si formò, nel corso dei secoli, in modo casuale, a seconda delle necessità, senza alcuna legge di istituzione; solo a partire dal III secolo a. C., vennero votate leggi istitutive di magistrature straordinarie o con poteri speciali, che ci offrono il contenuto preciso di tali cariche”.

⁴ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, cit. p. 92, en donde pone en evidencia las diferencias existentes entre patricios y plebeyos, ambos *cives* romanos, pero siendo los patricios los que gozaban de mayores privilegios: “Las principales reivindicaciones de los plebeyos se presentan en ámbitos diferentes. En el aspecto político la plebe reivindicó el acceso a las magistraturas y a los sacerdocios, ocupadas durante siglos exclusivamente por los patricios. En el aspecto social la plebe luchó por la eliminación de la prohibición del matrimonio (*conubium*) entre patricios y plebeyos.

⁵ Vid. al respecto, F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, 3, Nápoles, 1973, p. 327: “Per quanto riguarda il conferimento dell’*imperium militiae* esso fu congiunto al governo delle provincie ed attribuito come *imperium* proconsulare. Le norme che regolarono questo conferimento furono quelle della lex Sempronia di C. Gracco, la quale disponeva, come sappiamo, che le provincie consolari dovessero essere destinate prima dell’elezione dei consoli e quindi praticamente un anno e mezzo prima del tempo in cui l’ufficio sarebbe stato effettivamente rivestito in conseguenza della lex Cornelia di Silla, la quale stabiliva che l’*imperium* proconsulare si esercitasse immediatamente dopo la fine dell’anno di carica come console”.

encargo de gobernar y administrar las regiones conquistadas⁶.

Antes de analizar en concreto cada una de las magistraturas republicanas, debemos destacar las características comunes a todas ellas, siendo la gratuidad la primera que merece una cumplida referencia, por cuanto constituye un elemento distintivo de las magistraturas romanas, ajeno totalmente a la realidad de la carrera administrativa actual. Ello significa que las magistraturas al ser cargos honoríficos son gratuitas, sin que el desempeño de las mismas conlleve automáticamente ninguna remuneración⁷. Este principio, observado con gran rigor en el ejercicio del *imperium domi* – facultad de mando ejercida dentro de la ciudad de Roma –, se debilitó con respecto al *imperium militiae*⁸ –mando militar fuera del *pomerium* de Roma y superada una milla del mismo–, debido a la costumbre de imponer cuantiosas indemnizaciones para sufragar los viajes y la alimentación a las poblaciones sometidas. Con todo, supone que el acceso al cargo de magistrado no podía ser soportado por familias que careciesen de una posición desahogada económicamente⁹, independientemente de la recuperación posterior de la inversión inicial cuando se le asignase la administración de los nuevos territorios que Roma iba conquistando.

⁶ C. VARELA, “Los administradores de Roma (desde el origen de la ciudad hasta Justiniano)”, en *RGDR* 7, 2006, www.iustel.com, p. 6-7, al destacar la tripartición de la administración del territorio: “De este modo, la administración del territorio quedó organizada distinguiendo tres zonas diferentes: Roma, regida por magistrados; el resto de Italia, dirigida desde la capital y gestionada fundamentalmente a través del sistema municipal y colonial; y las provincias, para las que se nombraron gobernadores. No obstante, debido a la corta duración de su mandato, estos cargos necesitaron la participación en el gobierno republicano de una institución estable, por lo que el senado se convirtió en el verdadero director de la política estatal (emitía su parecer a través de *senatusconsulta*, tutelaba la hacienda pública, organizaba el territorio itálico y provincial e intervenía en los asuntos de política exterior e interior)”.

⁷ F. LAMBERTI, *Romanización y ciudadanía*, Lecce, 2009, p. 29, cuando declara en relación con la gratuidad de las magistraturas: “A esto hay que añadir que la magistratura era en sustancia hereditaria –al menos para las magistraturas superiores– y así se fue trazando desde los primeros años de la república, lo que representó, a lo largo de la república y hasta el final, uno de los principios centrales del funcionamiento de la vida pública”.

⁸ A. BURDESE, *Diritto Pubblico Romano*, 3 ed. Turín, 1987, p. 62, en donde advierte de los peligros de abusos cometidos por un magistrado: “Per l’esercizio dell’*imperium militiae* si venne tuttavia affermando la corresponsione, a carico delle popolazioni soggette, di indennità per spese di viaggio, vitto e alloggio incontrate dal magistrato e dal suo seguito: prassi che ebbe la sua maggiore applicazione in ordine al governo delle province, dando luogo a gravi abusi e alla conseguente necessità di organizzare un sistema di repressione con la creazione, nel II secolo a.C., di apposite *quaestiones repetundarum*”.

⁹ A. VIÑAS, *Instituciones políticas y sociales de Roma: Monarquía y República*, Madrid, 2007, p. 137-138, en donde pone de relieve la necesidad de una red clientelar, sin que el dinero por sí mismo supusiese el éxito en la carrera hacia la magistratura deseada: “En consecuencia, solamente familias con una economía muy consolidada podrían hacer frente a los múltiples gastos que exigía una campaña electoral bien organizada. No cabía descuidar detalles, pues el tráfico de influencias era frecuente moneda de cambio. Ideología, amistades, clientela familiar y política constituían grupos de presión con los que había que contar y era arriesgado mantenerse alejado de los mismos. Evidentemente, el dinero formaba la energía cuya circulación permitía estrechar lazos, propiciar componendas y facilitar el control de las votaciones”.

Es aquí en donde debemos traer a colación una excepción a la gratuidad señalada, identificada con la figura de los *apparitores*¹⁰, que si bien no eran magistrados sino personal subalterno¹¹ al servicio de los mismos¹² -ganando estos profesionales de origen liberto un sueldo por ello- suponen el primer paso hacia una administración que remunera a quienes prestan sus servicios en ella¹³.

Otra nota común a todas las magistraturas es la temporalidad, lo que se traduce en la anualidad como plazo para el desempeño de la labor de un magistrado. Ahora bien, en el marco de las operaciones militares, la anualidad quedada suspendida a través de la *prorrogatio imperii*, que determinaba que los cónsules, pretores y cuestores continuasen ejerciendo su cargo aunque hubiese transcurrido un año, hasta que llegase el sucesor. También los Censores y la magistratura extraordinaria del Dictador se encuentran al margen de este requisito de la anualidad, como veremos al hablar de cada una de ellas.

Como última característica aplicable a las magistraturas en general, debemos citar la colegialidad, elemento imprescindible en el nuevo régimen, que rechazando los excesos de la Monarquía anterior, pretende poner freno a posibles desmanes imponiendo la obligatoriedad del carácter colegiado a todas las

¹⁰ TH. MOMMSEN, *Staatsrecht*, I³, Leipzig, 1887-91, p. 332-371, como estudio básico sobre la figura de los *apparitores*; contra la opinión de Mommsen, cuando dice que los *apparitores* estaban sometidos al régimen de la anualidad, A.H.M. JONES, “The Roman Civil Service (Clerical and Sub-clerical Grades)”, en *JRS* 39, 1-2, 1949, p. 38: “Mommsen’s assumption that the tenure of *apparitores* was originally and always in principle annual, like that of the magistrates whom they served, seems to be arbitrary. *Apparitores* are always described as serving a college of magistrates, and not any individual magistrate. Long tenure appears to have been already the rule in the second century B.C., when L. Petilius, appointed *scriba* by Q. Petilius as quaestor, is still holding in post when his patron is praetor (Livy, XL, 29)”; acerca de la función de los mismos, J. MUÑIZ COELLO, *Empleados y subalternos de la administración romana. I Los scribae*, Huelva, 1982, p. 2, valorando positivamente el trabajo de estos empleados subalternos: “Nadie podrá poner en duda la importancia de la infraestructura que amparó la actividad de los magistrados. Pero la misma índole burocrática, soterrada, rutinaria y uniforme de la gestión de las plantillas de *apparitores magistratuum* les hizo poco propicias al protagonismo en la vida pública diaria. ... Tan sólo una historia global y realizada a distancia de los hechos permitiría sopesar la labor de unos, los magistrados, y de otros, los *apparitores*, en el éxito de aquellos”.

¹¹ Vid. al respecto, A. BURDESE, *Diritto Pubblico Romano*, 3 ed. Turín, 1987, p. 62, en donde nos proporciona la siguiente definición: “personale dipendente, designato col termine generico di *apparitores*, tra i quali sono *viatores*, *praecones*, *scribae*, nominato per un anno e retribuito”.

¹² F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, I, Nápoles, 1972, p. 409: “Inoltre i consoli hanno un personale dipendente, cui si dà il nome generico di *apparitores*, che sono *viatores*, *praecones*, *scribae*, nominati per un anno e retribuiti”.

¹³ C. VARELA, “Los derechos de los administradores públicos en Roma”, en *RGDR* 3, 2004, www.iustel.com, p. 2: “Con la llegada del Imperio, el pago por estas prestaciones no sólo se generalizó entre los oficios auxiliares, sino que se extendió a todos los puestos de la Administración. De este modo, la retribución con la que se comenzaba a compensar el esfuerzo desempeñado por los administradores mejoró la capacidad y la formación de las personas que accedían a los distintos cargos”.

magistraturas¹⁴. O lo que es lo mismo, el destierro de cualquier órgano unipersonal que pueda tomar decisiones que afecten a la administración de Roma. Y como instrumento al servicio de la colegialidad, aparece la *intercessio* o veto que puede interponer un magistrado de igual o mayor *potestas* con respecto a su colega. De nuevo nos encontramos con una excepción en este escenario de pluralidad, cual es la figura del Dictador, si bien tan sólo prevista ante una situación excepcional, como magistratura extraordinaria suprema de la República.

A mayor abundamiento, para ser magistrado¹⁵ se necesitaba una determinada capacidad y proceder a un cierto orden en su ocupación, el conocido *cursus honorum*¹⁶, u orden de prelación en el desempeño de las diferentes magistraturas. Y es en relación con esta estructura jerárquica en donde podemos hablar de la *potestas*¹⁷, que como dice A. CORBINO, no es, como generalmente se dice, “un” poder, sino la consecuencia del “*aver poteri*”¹⁸, que concede autoridad política sobre la *civitas*, constituyendo un elemento natural de toda magistratura. Ahora bien, dependiendo de la posición de un magistrado con respecto a los

¹⁴ Primero la colegialidad se tradujo en dos magistrados para cada cargo, pero poco a poco fueron aumentando el número de éstos a medida que Roma acrecentaba sus dominios; sirva como ejemplo el testimonio de F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, 3, cit. p. 324: “Per quanto riguarda il numero dei magistrati, sappiamo che sotto Silla i questori furono portati a venti ed i pretori ad otto; sotto Cesare rispettivamente a dieci ed a quaranta. L’aumento dei pretori era giustificato dall’esigenza di provvedere al governo delle nuove provincie, quello dei questori per opera di Cesare era ingiustificato e fu di nuovo riportato a venti nell’età augustea. Fra i maggiori magistrati il numero dei consoli non subì mutamenti, salvo le palesi violazioni avvenute durante l’epoca di Pompeo e di Cesare, allorché il primo divenne consul sine collega, il secondo diede vita a consoli di breve durata e perfino fittizi”.

¹⁵ G. VALDITARA, *Lo Stato nell’Antica Roma*, Catanzaro, 2008, p. 64: “*Magistratus* è innanzitutto l’ufficio in virtù del quale chi ne è titolare ha il potere e un dovere correlativo di esercitare in nome della *res publica* romana una serie di funzioni e di compiere una serie di atti efficaci nei riguardi di tutti i cittadini romani. Con l’espressione *magistratus* si designa poi anche la persona investita di quell’ufficio”.

¹⁶ Sobre el *cursus honorum* reordenado por Augusto, E. BADIAN, “*Caesar’s cursus and the interval’s between offices*”, en *JRS* 49, 1-2, 1959, p. 88: “It is known that, when Augustus reorganized the *cursus honorum*, Patricians were given a great advantage: they could move straight from the quaestorship to the praetorship. We do not know whether any gain in time went with this privilege. In any case, custom and practice before long overrode whatever the law on these matters was; and there Patricians -though not they alone- had notable advantages, particularly in the speed of promotion to the consulship”.

¹⁷ P. CATALANO, “*Imperium e Potestas*”, en *Il problema del potere in Roma repubblicana*, Sassari, 1974, en donde pone de relieve la dificultad de relacionar *imperium* y *potestas*: “Un tentativo rigoroso di dar soluzione al problema dei rapporti fra *imperium* e *potestas* potrebbe compiersi soltanto con un completo esame dell’uso che le fonti fanno dei termini *magistratus*, *potestas*, *imperium*, *curatio* ecc. Mi par certo che un filo logico unisce l’uso pur oscillante. Oscillazioni sul piano tecnico ritroviamo, ad esempio, mettendo accanto: il principio *par maiore potestas plus valet*, per cui non si potrebbe parlare di una parità di *potestas* fra console e pretore, e il fatto che il pretore è collega del console ed ha un *auspicium* identico a quello del console”, señalando que los conceptos de *imperium* y *potestas* son en parte heterogéneos.

¹⁸ A. CORBINO, “Istituzioni e ordinamenti della libera *res publica*”, en P. CERAMI/A. METRO/A. CORBINO/ G. PURPURA, *Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica*, 2ª ed., Nápoles, 2006, p. 57.

demás, tendrá mayor o menor *potestas*. Este duelo de potestades se consuma en la *par maiorve potestas*, que imprime posición de fuerza a quién la tenga; de este modo, el dictador tenía *maior potestas* que los cónsules, y éstos gozaban de *maior potestas* sobre los pretores. El censor ocupaba una posición particular, no teniendo *maior potestas* con respecto a ningún magistrado, aunque tampoco ningún *magistratus* la tenía sobre él. Entre los magistrados que podríamos denominar *minores*, cuestores y ediles, no existía sin embargo graduación de la *potestas*.

El requisito temporal de acceso a las diferentes magistraturas obligaba a dejar transcurrir dos años como mínimo entre una u otra magistratura. Fue establecido por la *Lex Villia Annalis*, del año 180 a.C. que preveía el acceso en orden ascendente, del siguiente modo: primero se accedería a la cuestura, luego a la edilidad curul, para posteriormente poder acceder a la pretura y finalmente al consulado. Del mismo modo, dicha ley fijó, aunque parece que no de forma vinculante, una edad mínima para acceder a las distintas magistraturas, hasta que Sila fijó con una ley Cornelia *de magistratibus* en el año 82 a.C. la secuencia de las magistraturas, con los paréntesis necesarios entre las mismas, y la edad mínima para acceder a pretor y cónsul.

Una clasificación conocida de las diferentes magistraturas, la de Mommsen¹⁹, las divide en ordinarias permanentes, como el consulado, la pretura, la edilidad, la cuestura y el tribunado de la plebe; u ordinaria no permanente, personalizada en la figura del censor. La cualificación de una magistratura como ordinaria viene dada por formar parte normalmente de la constitución republicana para el gobierno de la República, y por su carácter electivo a través de los *comitia*²⁰, renovándose además anualmente. Por lo que respecta a la magistratura extraordinaria, fue creada para necesidades excepcionales de la República, cuyo representante era el dictador.

Otro modo de clasificar a las magistraturas consiste en distinguir las magistraturas mayores de las menores, según los *auspicia maiora* o *minora*

¹⁹ *Staatsrecht*, cit. p. 548; también, F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana* 2, Nápoles, 1973, p. 229-230, en donde motiva que la censura deba considerarse como una magistratura ordinaria, aunque no permanente: “Si è sostenuto che la censura apparterebbe, assieme ai tribuni militum consulari potestate ed alla dittatura, alle magistrature straordinarie. Ma noi abbiamo visto quale fosse la posizione sia della censura, sia dei tribuni militari nel periodo nel quale essi ebbero l'imperium, ed è evidente che tali magistrature non possono essere considerate come straordinarie, al pari della dittatura, alla quale si faceva ricorso solo in casi di emergenza”.

²⁰ Vid. al respecto, A. CORBINO, “Istituzioni e ordinamenti della libera res publica”, cit. p. 53, cuando declara con respecto a las magistraturas ordinarias: “Esse erano inanzitutto elettive. Competenti a votarne i titolari erano i *comitia*, che si esprimevano, sotto la presidenza di un console, per centurie, quando si dovevano eleggere magistrati c.d. maggiori e, sotto la presidenza di un pretore, per tribù, quando si trattava di eleggere invece magistrati c.d. minori. Tribuni e edili plebei continuavano ad essere eletti dai *concilia plebis*, sotto la presidenza di un tribuno”.

que les correspondan²¹. De este modo, son magistraturas mayores las investidas *cum imperio* junto con la censura, siendo menores la figura de los cuestores, ediles y demás magistrados inferiores. La importancia de esta distinción reside en la forma de elección de dichos magistrados por los comicios, ya que los comicios centuriados eran los encargados de elegir a los magistrados mayores, mientras los comicios por tribus²² elegían a los menores.

Refiriéndonos ya en particular a cada una de las magistraturas, debemos comenzar por el consulado, de rango superior, permanente, ordinaria, integrada por los cónsules²³, que en número de dos constituían la magistratura más prestigiosa de la *civitas* romana en la época republicana²⁴, siendo además magistrados *cum imperio*²⁵. Gozaban de *intercessio* o derecho de veto recíproco, lo que incidía sin duda en la responsabilidad en el ejercicio del cargo por parte de cada cónsul. Saber que su colega podía interponer el veto en cualquier momento era una

²¹ A. VIÑAS, *Instituciones políticas y sociales de Roma: Monarquía y República*, cit. p. 144, cuando declara que el fundamento de la clasificación de los magistrados en mayores y menores reside en el sistema de los auspicios, añadiendo: “Los auspicios se identifican con un conjunto de ritos puestos en marcha por los augures para averiguar la voluntad de los dioses, mediante los indicios a través de los que se configura el augurio. Los auspicios determinados por los signos que permiten anunciar o presentar un resultado (el augurio) se conciben como actos regulados por el Derecho público y ejecutados con antelación a cualquier acontecimiento con trascendencia e interés para la colectividad cívica. Según el tipo de auspicios que quepa solicitar se establece la distinción entre magistrados mayores y menores. Magistrados mayores son aquellos que, entre sus atribuciones, instan la ejecución de auspicios mayores (*auspicia maiora*). Magistrados menores son aquellos que sólo pueden solicitar auspicios menores (*auspicia minora*)”.

²² G. POMA, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, cit. p. 60, en donde habla del ámbito competencial de los *comitia* por tribus: “Erano elettorali, in quanto eleggevano i magistrati minori (questori, edili e tribuni militari), ma anche i tribuni e gli edili plebei, i magistrati straordinari, come i triumviri o i decemviri agrari”.

²³ En relación con la denominación de cónsul, vid. F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, 1, cit. p. 406, n. 1: “Molte delle più antiche testimonianze non si riferiscono evidentemente ai consoli, la cui origine è del 367, ma alla primitiva magistratura unica donde la distinzione, di cui si trova traccia in età tarda fra *praetor maximus* o *maior* e *minor*: Liv. 7, 3, 5... I romani riferivano però logicamente il nome *praetor* ai consoli e lo consideravano un antico appellativo”; G. VALDITARA, *Lo Stato nell'Antica Roma*, cit. p. 73: “Il nome più recente di *consules* deriva dall'acquisizione dell'idea di collegialità ben espressa dalla *par potestas* di entrambi i *praetores* e dal reciproco diritto di veto”.

²⁴ F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana* 1, cit. p. 406: “I consoli subentrarono, come abbiamo detto, alla primitiva magistratura con collegialità disuguale ed al tribunato militare, che dal 367 non ebbe più il supremo potere. Essi costituivano la maggiore magistratura repubblicana e lo strumento esecutivo del governo senatorio”.

²⁵ Vid. al respecto, G. POMA, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, cit. p. 69: “*Magistratus* (in opposizione a *privatus*) indica il detentore di un potere di comando, l'*imperium* (da *imperare*= comandare); secondo gli autori antichi, l'*imperium* per eccellenza, quello consolare, era in diretta continuità storica e strutturale con quello dei re, limitato solo dall'annualità. In origine si trattava di una capacità di comando, fondata sulla forza e il prestigio del capo, che, in età repubblicana, assunse un valore giuridico più preciso e divenne patrimonio solo di alcuni magistrati superiori (consoli, pretori, dittatori, decemviri legislativi, tribuni consolari). Implicava il potere di comandare l'esercito e, quindi, di fare leve e di imporre tributi, di esercitare il diritto di vita e di morte (senza possibilità di appello al popolo) sulle truppe”, concluyendo que para el comandante victorioso se reservaba la celebración del triunfo y el ser saludado con el título de *imperator*.

garantía con respecto a las actuaciones de los cónsules, vigilados mutuamente en el desempeño de sus funciones como magistrados supremos, independientemente del hecho cierto de que cada cónsul gozaba de todo el *imperium*, que podía ejercer de modo pleno y soberano²⁶. Con todo, este poder de veto que se podía oponer al acto de otro cónsul debía interponerse evidentemente antes de que el acto hubiese causado efecto, es decir, en el momento inicial y preparatorio de cualquier decisión que pudiera parecerle errónea a su colega.

Los cónsules tenían un inmenso poder, manifestado en el ejercicio del *imperium domi* e *imperium militiae*. Esta diferenciación entre el poder ejercido dentro o fuera de la ciudad se reflejaba en las facultades que tenía en uno u otro ámbito. Así, dentro de la ciudad de Roma (*imperium domi*), gozaban del *ius edicendi*, derecho a publicar edictos, el *ius agendi cum patribus*, o facultad de convocar y presidir el Senado, *ius agendi cum populo*²⁷, poder de convocar la asamblea por tribus, la *coercitio* como herramienta disciplinaria, y la *iurisdictio* para poder juzgar, facultad atribuida a los pretores en el año 367 a.C. a través de las *Leges Licinia Sextiae*, en las cuales se reconoce asimismo la posibilidad de que un plebeyo pueda llegar a ser cónsul²⁸, antes reservada a los patricios²⁹,

²⁶ F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana* 1, cit. p. 410: “La collegialità nella sua essenza non è l’esercizio del potere da parte dell’intero collegio, ma è l’attribuzione a ciascuno collegio di tutto il potere e conseguentemente l’esercizio di esso in modo indipendente ed autonomo da parte di ciascuno”.

²⁷ A. BURDESE, *Diritto Pubblico Romano*, cit. p. 65: “Ai consoli spetta poi il diritto di convocare e presiedere i comizi (*ius agendi cum populo*), sia in sede elettorale presentando l’elenco dei candidati alle elezioni magistratuali e procedendo poi alla acclamazione degli eletti (consoli, pretori, censori, edili, questori: il dittatore è invece direttamente nominato dal console, senza elezione comiziale), sia in sede legislativa, avanzando proposte di legge; nonché il diritto di convocare il senato (*ius agendi cum patribus*) per la trattazione di qualsiasi questione”.

²⁸ M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l’antiquité*, 4ª ed., París, 1991, p. 181, al referirse a las *leges Liciniae Sextae*, declara: “L’essentiel de la réforme -c’était l’enjeu du dernier combat entre plèbe et patriciat- est dans l’ouverture définitive de la magistrature suprême à la plèbe. Selon l’éplébiscite et le sénatus-consulte de ratification, un consul sur deux pourra être plébéien”; G. POMA, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, cit. p. 75, en donde destaca las escasas posibilidades de la plebe de acceder al consulado: “Bisogna insistere sull’importanza della gestione delle magistrature a Roma, e in particolare del consolato, che era veramente l’elemento discriminante sul piano sociale. L’accesso al consolato faceva entrare in un altro mondo. Infatti la ricchezza aveva il suo peso nel favorire la carriera politica, ma non era l’elemento decisivo. Quello che contava per ciascuno uomo era la sua *dignitas*, che era basata anche sulla fama e sul ruolo degli antenati. Se era un nobile, la sua forza e la sua posizione sociale derivavano dal passato della sua casa, dall’appoggio di amici e clienti, dall’onore che veniva dalle cariche. Invece chi, fosse anche il più ricco di Roma, non apparteneva a questa cerchia di famiglie (molto poche, tra le patricie i Claudii, gli Emili, i Corneli, i Valeri; tra le plebee, i Cecili Metelli, i Porci Catoni, i Licini) ed era quindi *homo novus*, aveva poche speranze di diventare console, a meno che non fosse adottato da un qualche componente di famiglia importante o, come presto avverrà, si conquistasse il potere con la forza delle armi”.

²⁹ Es evidente que los patricios nunca desearon ningún tipo de aperturismo, sino continuar disfrutando de todos sus privilegios de forma única, no sólo en relación con las magistraturas, sino en todo lo concerniente a la vida en Roma. Vid. al respecto, M.I. FINLEY, *Politics in the Ancient World*, Cambridge, 1984, p. 14: “The Roman patriciate was a singularly inelastic order, open to outside recruits only by the formal adoption of an individual male into a patrician family, a solemn act requiring state approval”.

aunque en realidad las opciones de resultar elegido para tan alta magistratura quedarían reservadas durante largo tiempo a la aristocracia senatorial³⁰. Con todo, permanece intacta la competencia de los cónsules para actuar en procedimientos de jurisdicción voluntaria, en los actos procesales, pero no en el núcleo del litigio, ya que dependía del acuerdo de las partes³¹.

Fuera del *pomerium*³² o límite de la ciudad, los cónsules estaba imbuidos de los mayores poderes, puesto que la esfera principal de sus actuaciones se desarrollaba en el ámbito militar. Como afirma A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN³³: “Los cónsules eran, ante todo, generales del ejército”. Con todo, no era competencia suya la declaración de la guerra, ya que estaba reservada tal facultad a los comicios. La importancia del cometido de los cónsules reside en dirigir la guerra, formar el ejército, imponer tributos por necesidades bélicas, aunque también aquí están sometidos al control del Senado, que puede dar en cualquier momento instrucciones al cónsul de contenido militar.

Como signo de su poder, utilizaban en la ciudad la toga *praetexta* -blanca y guarnecida por debajo con una tira púrpura-, se sentaban en la *sella curulis* -silla portátil de marfil, sin respaldo, diferente del trono de un rey- y eran precedidos por una escolta de doce *lictors*, que portaban las *fascēs*, haz de varas, y fuera de Roma el *segur*, el hacha para las ejecuciones. Además, tenían la eponimia, o derecho de dar el nombre al año, ya que los romanos carecían de un sistema oficial para indicar el año y por eso adoptaron como guía el nombre de los cónsules del año, uno de los mayores honores reservado a la más alta magistratura. Posteriormente, Augusto encargó la recopilación de los nombres de los cónsules desde el año de la fundación de la República, el 509 a.C, hasta el año 30 a.C. durante su gobierno, en los denominados *Fasti Consulares*, testimonio vivo de la historia de Roma que aún se conserva.

La siguiente magistratura ordinaria permanente, y en orden

³⁰ F. LAMBERTI, *Romanización y ciudadanía*, cit. p. 40-41: “Los pertenecientes al círculo restringido de la llamada aristocracia senatorial gozan claramente de un número mayor de privilegios respecto de los ciudadanos romanos ‘comunes’, provenientes de familias menos antiguas, o de menor importancia política. Entre ellos se da la posibilidad de elegir en el propio seno a los magistrados más altos, sobre todo a los cónsules, el acceso a los sacerdocios, al conocimiento del derecho y al ejercicio de la ‘profesión’ de *iurisperitus*, así como a poder disponer de un círculo amplio de clientelas. Incluso otro estamento privilegiado, que se formó a partir de la Segunda Guerra Púnica, como lo es el *ordo equester*, compuesto de terratenientes, miembros de élites locales naturalizados ciudadanos de Roma, comerciantes y empresarios ricos, banqueros y *publicani*, dispone de prerrogativas más limitadas frente a la aristocracia senatorial.

³¹ Cfr. F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana* 1, cit. p. 422.

³² Gell. 13, 14, 1; Varr. 5, 143: *quod erat post murum, postmoerium dictum, eiusque auspicia urbana finiuntur*.

³³ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, cit. p. 134, en donde añade: “Hay numerosas noticias en las fuentes referidas a las campañas militares de los cónsules, los cuales a veces mandaban por separado los cuerpos del ejército y en otras ocasiones se repartían el mando por meses consecutivos o lo sorteaban”.

descendente, la forman los pretores³⁴, magistrados superiores dotados de *imperium*, nombrados en las *leges Liciniae Sextiae* del 367 a.C.³⁵. colegas *minores* de los cónsules³⁶, al que se le denomina pretor urbano para distinguirlo de los dos cónsules que hasta ese año tenían el nombre de *praetores*. Su función principal era la administración de justicia³⁷, en donde asumió un protagonismo vital para el desarrollo del proceso civil, ya que la primera fase, *in iure*, se celebra ante él, que sera quién conceda o no la acción solicitada, encauzando el litigio para que en última instancia, en la fase *apud iudicem*, dicte la sentencia un juez. Esta función judicial pasó pronto a ser privativa en los procesos entre ciudadanos, y la *iurisdictio* del pretor, con la facultad de promulgar edictos, *ius edicendi*, pronto llegaría a comprender todas la materias del *ius civile*. En un primer momento, como señala A. METRO³⁸, el pretor tenía asignada la función de velar por la exacta aplicación del *ius civile* y no la de crear nuevas normas jurídicas, pero progresivamente: “I pretori, che di anno in anno si succedevano nella carica, cominciarono ad acquistare consapevolezza dei propri mezzi ed a svolgere un ruolo molto più incisivo”. Poco a poco el pretor, al interpretar el derecho civil, llega a construir un ordenamiento paralelo, un *ius praetorium* u *honorarium*, derecho pretorio que corrige y completa las deficiencias del estricto *ius civile*.

En virtud de su *imperium*, el pretor urbano publicaba al comienzo de su cargo³⁹, su programa jurisdiccional, en el que indicaba las normas por las que

³⁴ G. POMA, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, cit. p. 75: “L’origine della pretura, come quella del consolato, è oscura. L’etimologia del termine (da *prae-ire*= andare avanti) ha fatto supporre, come si è detto, che il ruolo originario fosse quello, poi assunto dai consoli, di magistrato supremo che guida l’esercito”.

³⁵ Vid. al respecto, A. BURDESE, *Diritto Pubblico Romano*, cit. p. 68: “Il *praetor* viene creato nel 367 a.C., quale magistratura riservata in origine al patriziato ma alla quale accedono anche i plebei a partire dal 337 a.C.: è *collega minor* dei consoli che hanno quindi *maior potestas* rispetto a lui, con pratica attribuzione della specifica competenza di *ius dicere inter cives romanos*, non disgiunta peraltro dal riconoscimento di un *imperium*, seppur genericamente subordinato, qualitativamente esteso a ricomprendere le stesse funzioni militari, di governo e amministrative che competono ai consoli”.

³⁶ G. VALDITARA, *Lo Stato nell’Antica Roma*, cit. p. 83: “Il pretore era considerato *collega minor* dei consoli, rispetto a essi aveva infatti *minor potestas* il che lo esponeva al potere di avocazione che in qualsiasi momento i consoli potevano esercitare nei suoi confronti”.

³⁷ C. VARELA, Los administradores de Roma (desde el origen de la ciudad hasta Justiniano)”, cit. p. 8: “Su misión principal era la de administrar la justicia civil, aunque –de forma subsidiaria y en virtud de su *imperium*– ejercieron funciones militares y administrativas, convocaron al pueblo para elegir a los magistrados menores y reunieron al senado cuando los cónsules no se encontraban en la ciudad”.

³⁸ A. METRO, *Le fonti del diritto romano*, 2ª ed. Messina, 2005, p. 53, concluyendo en p. 54: “In tal modo i magistrati giudicanti introdussero una serie di integrazioni e di modificazioni al *ius civile*, ai quali i Romani finirono col riconoscere la natura di un vero e proprio sistema normativo. Questo fu denominato *ius honorarium* (da *honor*= carica, magistratura), o anche *ius praetorium*, data la preponderante posizione del pretore rispetto agli altri magistrati dotati di funzioni giurisdizionali”.

³⁹ M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l’antiquité*, cit. p. 215 : “Maîtres de l’organisation de la justice, ils publient chaque année un *édit*, catalogue des droits dont ils s’engagent à assurer la protection (par l’octroi d’une action en justice) durant l’année de leur charge. Ils présideront naturellement les cours criminelles permanentes, progressivement créées à partir de 149 (*de repetundis*...)”.

se iba a regir en el año de su mandato, *edictum perpetuum*, pero podía asimismo publicar un edicto en cualquier otro momento, siempre que las circunstancias lo hiciesen necesario, lo que se conoce como *edictum repentinum*. Con todo, una *lex Cornelia* del año 67 a.C. estableció que los pretores debían ejercitar la *iurisdictio* conforme al edicto publicado al inicio del año: *ut praetores ex edictis suis perpetuis ius dicerent*.

El pretor urbano, con facultades segregadas de los cónsules, gozaba del *ius agendi cum cum populo*, poder para convocar a los comicios por tribus para elegir a los magistrados menores, pudiendo también presentar proposiciones de ley, y el *ius agendi cum patribus*, pero al ser considerado magistrado con *imperium* inferior al de los cónsules⁴⁰, los sustituye como magistrado supremo en ausencia de éstos de la *Urbs*, o a petición de ellos o del Senado. Tiene el privilegio de utilizar la toga *praetexta*, el derecho de sentarse en la *sella curulis*, e iba precedido por una escolta de seis *lictors*.

En el año 242 a.C. como consecuencia de la expansión territorial de Roma, y la presencia continua en los litigios de un *peregrino*, no ciudadano romano como parte litigante frente a un *civis*, se creó la figura del pretor peregrino⁴¹, al que se le atribuye la función jurisdiccional en los procesos entre extranjeros y romanos, y de extranjeros entre sí. El *praetor peregrinus*, al no poder aplicar el *ius civile* en la resolución de estas controversias, por intervenir en los litigios una parte no ciudadana, tuvo que valerse del poder edictal, y poco a poco fue construyendo un nuevo sistema normativo, fundado sobre principios comunes a todos los pueblos, que fue denominado *ius gentium*⁴². Este derecho general formado por instituciones

⁴⁰ T. COREY BRENNAN, *The Praetorship in the Roman Republic*, Oxford, 2000, p. 58: “His *imperium* was defined as of the same nature as the consuls’, but *minus* in relation to theirs. As a magistrate with this type of *imperium*, the praetor could do all that the consuls could do, save the holding of elections of major magistrates in the Centuriate Assembly and the fulfillment of certain religious obligations. All other activities of the consul were open to the praetor, unless a consul stopped him”.

⁴¹ Vid. al respecto, D.DAUBE, *The Peregrine Praetor*, en *JRS* 41, 1-2, 1951, p. 66: “It is universally assumed that the peregrine praetor from the outset had jurisdiction in lawsuits between peregrines, and in lawsuits between a peregrine and a citizen”, precisando la etapa en la que tenía tales competencias: “The peregrine praetor in Republican laws and inscriptions invariably figures as the praetor with jurisdiction between peregrines... It is only the laws of the Principate which characterize him as having jurisdiction between peregrines and citizens, though, indeed, this designation occurs from the first moment, i.e. from Augustus”.

⁴² Gayo 1.1: *Omnes populi qui legibus et moribus reguntur; partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos paraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum utitur. Quae singula quali sint, sius locis proponemus*.

romanas y no romanas, accesible a los extranjeros⁴³, constituye un importante instrumento de evolución y desarrollo del ordenamiento jurídico romano.

Otra magistratura de carácter permanente, de tipo menor, es la representada por los ediles⁴⁴, magistrados romanos creados en época republicana, diferenciados en razón de sus atribuciones en ediles curules y ediles *plebis*. Los ediles curules constituían originariamente una magistratura colegiada y patricia, fueron creados en el 367 a.C. -fecha de las *leges Liciniae Sextiae* ya nombradas-, eran elegidos en los *comitia tributa*, y gozaban de jurisdicción civil en relación con las transacciones realizadas en mercados de esclavos y animales, teniendo además una cierta jurisdicción criminal⁴⁵. Para poder ejercer correctamente la vigilancia de los mercados, publicaban además al inicio de su mandato un edicto, *edictum aedilium curulium*. Su denominación de “curules” deriva del derecho a sentarse en la *sella curulis* -también utilizada por los cónsules y pretores que acabamos de ver- que utilizaba en sus traslados por la ciudad, siendo magistrados de rango inferior a los pretores pero superiores a los cuestores. Los ediles de la plebe eran magistrados auxiliares de los tribunos de la plebe, elegidos en los concilios de la plebe, que llegaron a ser asimilados con el tiempo a los ediles curules⁴⁶.

⁴³ A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, 2ª ed., Madrid, 2009, p. 31: “A los miembros de las comunidades vinculadas o sometidas o que tengan simplemente relaciones comerciales con Roma, se les permite el acceso a negocios del *ius civile* no formalistas, se crean tipos especiales nuevos, y se aceptan determinadas instituciones y prácticas comerciales de estos pueblos, que no chocan frontalmente con el viejo *ius civile*. Nace así propiamente un derecho del tráfico jurídico comercial, libre de formas, flexible, basado en la *fides*, en la lealtad y corrección en el trato, que al final de la República ya se denomina *ius gentium*, utilizándose la vieja palabra *gens*, que designaba a los grupos suprafamiliares con un antepasado común, que tan importante papel jugaron en la *civitas* primitiva”.

⁴⁴ F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana* 1, cit. p. 345-346: “Gli edili erano in numero di due e non furono aumentati, allorché fu aumentato il numero dei tribuni. Ciò basta ad escludere che la loro posizione iniziale fosse quella di ausiliari dei tribuni, come i questori dei consoli. Nè più attendibile è l'opinione, che gli edili fossero quattro e che in seguito alle leggi Licinie-Sestie due di essi sarebbero divenuti edili curuli; nessun indizio testuale può essere adottato in tal senso”.

⁴⁵ JONES, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford, 1972, p. 37, en donde afirma que los ediles, no sólo plebeyos sino también curules: “prosecute for fines only, and usually in less important, non political cases”; L. GAROFALO, *Il processo edilizio*, Padua, 1989, p. 87, cuando afirma que los tribunos se reservaban para sí la represión de los reos de un delito capital, o delitos de carácter político, mientras que dejaban a la jurisdicción de los ediles: “prima caso per caso, poi in via permanente, il potere di intentare di fronte al concilio plebeo i processi volti alla comminazione delle ammende a carico dei responsabili di illeciti comuni”.

⁴⁶ A. VIÑAS, *Instituciones políticas y sociales de Roma: Monarquía y República*, cit. p. 161, después de hablar de la identificación de funciones entre ediles curules y plebeyos, añade: “Se recurre a una fórmula que sintetiza las competencias atribuidas: *curatores urbis, annonae, ludorumque solemnium*. Se ocupan, por lo mismo, de mantener el orden público, ejercitando extensas labores de vigilancia, al objeto de facilitar el tráfico y preservar la habitabilidad y solidez de las construcciones (*cura urbis*). Supervisaban, asimismo, los mercados, procurando el adecuado abastecimiento, organización y presidencia de los repartos de alimentos que, con relativa frecuencia, se hacían a precios políticos (*cura annonae*)”, concluyendo que también a ellos les corresponde el control de las fiestas públicas, para prevenir males mayores, lo que se conoce como *cura ludorum solemnium*.

Otra magistratura menor, *sine imperio*, ordinaria y permanente es la de los cuestores, *quaestores*⁴⁷, cuyo origen se remonta a los años posteriores a la publicación de la ley de las XII tablas, en un principio como meros auxiliares de los cónsules en materia criminal y financiera. En la primera mitad del siglo III a.C., la cuestura ganó su propia autonomía, constituyendo el primer escalón del *cursus honorum*, el principio para quien quisiera hacer carrera política. Sus atribuciones, de naturaleza sobre todo económica, se dirigen a la administración y el control de los caudales públicos (*aerarium populi Romani*) así como a ejecutar los cobros y pagos impuestos por los cónsules. El número de los cuestores varió a lo largo de la República, llegando al número de veinte al final de la misma⁴⁸.

Hasta el momento nos hemos referido a las magistraturas integradas en la carrera administrativa dentro de un itinerario normal, si es que se puede denominar así al recorrido integrado en el *cursus honorum* insito en la vida política romana. Con todo, debemos traer a colación otras tres figuras representativas, muy distintas entre sí y de contenido singular, que hacen necesaria una semblanza de cada una de ellas, de modo especial la referida a la censura, que es una magistratura no permanente pero ordinaria.

En primer lugar debemos nombrar a los *Tribuni Plebis*, tribunos de la plebe⁴⁹, como representantes de la misma, elegidos en los concilios de la plebe en donde se aprobaban los plebiscitos, de contenido mayoritario de derecho privado y judicial, pronto equiparados a las leyes⁵⁰, cuya misión principal consistía

⁴⁷ G. VALDITARA, *Lo Stato nell'Antica Roma*, cit. p. 76: “È possibile che si sia trattato di una evoluzione dei *quaestores parricidii*, magari con riguardo alla gestione del ricavato delle multe irrogate”; sin embargo, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, cit. p. 137: “Aunque tienen el mismo nombre, no parecen estar relacionados estos cuestores con los denominados *quaestores parricidii*, que estaban encargados del conocimiento y sanción del delito de homicidio”, poniendo en duda que los cuestores *parricidii* tengan algo que ver con los cuestores, más allá del nombre.

⁴⁸ G. POMA, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, cit. p. 76: “I questori si occupavano di finanze, sorvegliando il tesoro conservato nel tempio di Saturno. Ma non doveva essere questo il loro compito originario, perché il nome (da *quarere*) indica piuttosto una funzione giudiziaria. Passati da due a quattro, poi a otto, il loro numero accompagnò le multiple necessità di avere questori al fianco dei consoli, in guerra, per gestire la cassa militare e provvedere alle spese, e, in pace, per controllare il regolare versamento delle imposte e la fornitura di truppe da parte delle comunità italiche”.

⁴⁹ Sobre esta figura: NICCOLINI, *Il tribunato della plebe*, Milán, 1932, *passim*; GUARINO, *La rivoluzione della plebe*, Nápoles, 1975; LEVI, *Il tribunato della plebe e altri scritti su istituzioni pubbliche romane*, Milán, 1978; LOBRANO, *Il potere dei tribuni della plebe*, Milán, 1982; SERRAO, “Secessione e giuramento della plebe al Monte Sacro”, en *Diritto@Storia*, 7, 2008.

⁵⁰ F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana*, 2, cit. p. 153-154, en donde declara con respecto a la *lex Hortensia* del 286 a.C. que equipara los plebiscitos o acuerdos tomados por la plebe en sus asambleas con las leyes: “Abbiamo già ricordato gli avvenimenti nel corso dei quali il dittatore Q. Hortensius fece approvare la legge, secondo cui ‘*ut eo iure quod plebs statuisset omnes Quirites tenerentur*’. Gli argomenti che sono stati addotti per sostenere che la legge ortensia fu la sola, che regolò il tema della validità generale dei plebisciti sono stati anch’essi esaminati a suo luogo, nè vi è motivo di modificare l’opinione allora sostenuta, secondo la legge Publilia del 339 deve ritenersi genuina. Essa appartiene ad un complesso di legge riformatrici, tutte rivolte ad accrescere il potere plebeo, in un tempo nel quale si era pienamente formata la nuova classe dirigente, la nobiltà patrizio-plebea”.

en defender a los plebeyos⁵¹, siempre en inferioridad con respecto a los patricios⁵². En realidad, no eran magistrados⁵³, ni gozaban de *imperium*, pero sí tenían a su disposición instrumentos como la *intercessio* o veto contra las decisiones de los magistrados, siempre que juzgasen que perjudicaban a los intereses de los plebeyos⁵⁴. Además, su persona es inviolable⁵⁵, y en virtud de una ley sagrada votada en la asamblea alrededor de los tribunos, se eleva a la categoría de sacrosanta, reconociéndose además la inviolabilidad por parte del ordenamiento jurídico de la *civitas*, que sanciona con la muerte a cualquier persona que atente contra la vida del tribuno.

En segundo lugar, aunque no menos importante, se encuentra la censura, magistratura colegiada y *sine imperio*, según la tradición creada⁵⁶ en el

⁵¹ Vid. al respecto, A. VIÑAS, *Función del tribunado de la plebe*, Madrid, 1983, *passim*; id. *Instituciones políticas y sociales de Roma: Monarquía y República*, cit. p. 184-185: “La *intercessio* tribunicia puede paralizar las disposiciones de los magistrados, incluso las dictadas en el transcurso de un proceso civil o penal. Estos procesos manifiestan algo importante: que el tribunado, a pesar de su integración entre los órganos normales de la república, siempre conservó su antiguo estilo combativo a la hora de fiscalizar el poder público y afirmar su posición de defensor de la vida civil”.

⁵² F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana* 1, cit. p. 337: “La tradizione conosce quindi un’origine tipicamente rivoluzionaria del tribunato della plebe, sorto dalla necessità della comunità plebea di darsi capi stabili, capaci di guidarla nella lotta contro i patrizi”, afirmando que sin embargo la historiografía moderna ha optado por otra teoría, buscando el origen de los tribunos “nell’ordinamento delle tribù territoriali, identificando quindi i tribuni con i capi delle tribù”.

⁵³ G. POMA, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, cit. p. 49-50: “I tribuni (due in origine, poi cinque e dieci) non erano magistrati e non avevano *imperium*; pur tuttavia i loro poteri superavano quelli dei magistrati, poiché essi godevano di diritto di veto (*l’intercessio*) su ogni atto magistratuale (oltre che interno sugli atti degli altri tribuni) in forza del quale potevano sia opporsi preventivamente alle decisioni dei magistrati sia bloccarle, se già prese. Avevano un potere di coercizione (la *coercitio*) che li autorizzava ad arrestare ogni cittadino e a portarlo in giudizio davanti alla plebe, comminando multe, esili e forse anche pene capitali”.

⁵⁴ Con todo, como afirma A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, cit. p. 93: “El uso prudente y restringido de este derecho de veto por parte de los tribunos, hizo posible la no paralización de la vida política, que se produciría en caso contrario. Incluso fue frecuente la colaboración entre los tribunos y el Senado, frente a las pretensiones de abuso de poder por parte de otros magistrados”.

⁵⁵ M. HUMBERT, *Institutions politiques et sociales de l’antiquité*, cit. p. 171 : “L’invioabilité tribunicienne remonte au berceau du tribunat. La plèbe, en sécession sous les armes, a juré par un serment d’inspiration militaire, par une loi sacrée, de vouer à la mort quiconque (plébéien ou patricien, citoyen ou magistrat) ne respecterait pas l’organisation qu’elle se donnait ou porterait atteinte à la personne et à l’autorité de ses chefs. Cette loi sacrée fit du tribun un personnage lui-même sacré, donc inviolable”.

⁵⁶ Vid. al respecto, A. VIÑAS, *Instituciones políticas y sociales de Roma: Monarquía y República*, cit. p. 157-158: “Con respecto a la creación de la censura circulan varias versiones. La más verosímil y difundida sería aquella que considera la censura como una magistratura impuesta por la exigencia de liberar a los magistrados supremos de algunas de las múltiples actividades que originariamente tenían atribuidas. En consecuencia, su origen no radica tanto en el interés patricio por incrementar y controlar un mayor número de magistraturas, cuanto en la aplicación del principio de división del trabajo, y la consiguiente necesidad de crear magistrados para ejecutar funciones con relevancia creciente. Funciones que, como el censo, serían realizadas con antelación por los pretores y cónsules de los primeros momentos republicanos. Aunque el origen de la censura se suele fijar el año 443 a.C., tal afirmación parece más un producto de reconstrucción liviana que dato propiamente histórico”.

año 443 a.C. en un principio reservada para los patricios, aunque a partir del año 351 a.C. es accesible también a los plebeyos. De escaso relieve en sus comienzos, fue poco a poco creciendo en sus competencias hasta llegar a asumir el control total sobre las costumbres (*mores maiorum*), el honor y las reglas de conducta que debía observar el pueblo romano, consolidándose como la más alta autoridad moral del Estado romano. Eran elegidos cada cinco años por los comicios centuriados⁵⁷, presididos por un cónsul, e investidos por una *lex centuriata*, para que durante un periodo de dieciocho meses (de acuerdo con la *lex Aemilia* del 434 a.C.⁵⁸), confeccionasen el censo⁵⁹, función que finalizaba con una ceremonia religiosa de purificación, *lustratio* o *lustrum*, de donde viene la denominación de quinquenio. El procedimiento discurría de la siguiente forma: Los *paterfamilias* bajo juramento y ante el censor, tenían que realizar una declaración de todos sus bienes y de las personas sometidas a su *potestas*. De acuerdo con la relación facilitada, los censores procedían con la inclusión de los ciudadanos en las diferentes centurias y tribus. Clasificación de enorme importancia, por cuanto de ella se derivaba la determinación del pago de los impuestos⁶⁰ y se conocía a la población para poder incluirla ordenadamente en la estructura militar, tan importante en la vida romana de entonces.

De modo paralelo a la realización del censo se sometía a juicio la conducta de los *cives* en su vida pública y privada. La disciplina militar, el respeto a los *mores maiorum*, el comportamiento moral, podían conllevar una anotación

⁵⁷ F. LAMBERTI, *Romanización y ciudadanía*, cit. p. 23: “Los comicios centuriados se reúnen para la elección de magistrados mayores, para la promulgación de leyes de contenido político o de *bello indicendo* y para las decisiones en tema de juicios capitales (*provocatio ad populum*). El sistema está estructurado de tal modo que en primer lugar acceden al voto las centurias de *equites*, en segundo lugar las de los pertenecientes a la primera clase y, después, una por una y de mayor a menor importancia las clases sucesivas: si existe acuerdo político, dado que las centurias de caballeros y las de la primera clase constituyen ya la mayoría en conformidad con la cantidad de votos necesarios en la asamblea, a menudo no es necesario el parecer de las clases sucesivas”.

⁵⁸ Vid. al respecto, F. DE MARTINO, *Storia della Costituzione Romana* 1, cit. p. 326-327, en donde se refiere a las diferencias doctrinales con respecto a esta datación: “I moderni hanno criticato la tradizione; alcuni hanno posto l’origine della censura nel 434, anno in cui una *lex* del dittatore *M. Aemilius Mamercus* (*lex Aemilia de censura minuenda*) avrebbe limitato a diciotto mesi la durata dell’ufficio; altri hanno invece sostenuto che la *lex Aemilia* sia del 366 e che essa abbia introdotto la censura come magistratura autónoma. La prima opinione è possibile; la seconda è da respingere”.

⁵⁹ C. VARELA, *El estatuto jurídico del empleado público en Derecho Romano*, Madrid, 2007, p. 72, en donde afirma que los censores: “durante los primeros dieciocho meses de cada lustro, se dedicaban fundamentalmente a la elaboración del censo, la elección de los senadores y la administración y cuidado del patrimonio estatal (*ager publicus*, edificios, vías y obras públicas)”.

⁶⁰ F. LAMBERTI, *Romanización y ciudadanía*, cit. p. 26: “El pertenecer al sistema censitario, se decía, es idóneo entre otras cosas al pago de los impuestos. El ciudadano romano asume sobre sí –en proporción al censo– ganancias, pero también bastantes obligaciones. Esa es la cuestión: someterse a los impuestos indirectos –como lo es la tasa sobre la manumisión (que asciende al 5% del valor de cada esclavo liberado), introducida en el 357 a.C.–, pero sobre todo estar sujeto a impuestos indirectos, como el *tributum* –una contribución requerida a cada ciudadano en proporción al censo poseído... cuando por decisión del Senado se atribuye un *stipendium* a los militares”.

unida al nombre del ciudadano, *nota censoria*, originar la exclusión del censo de la clase de caballeros, o la inscripción en una clase inferior, o en una tribu de escasa relevancia política. La condena máxima suponía privar a la persona censurada de sus derechos políticos, del *ius suffragii* y de la posibilidad de resultar elegido. Con todo, transcurridos los cinco años, se podía proceder a confirmar o suprimir las notas realizadas por los anteriores censores.

Por último, una referencia a la Dictadura, magistratura extraordinaria designada en los momentos de peligro interior o exterior. El dictador⁶¹ asumía de forma temporal la autoridad suprema del Estado en el orden administrativo, judicial y militar, sin limitación y con desaparición del poder colegiado de los cónsules. Su poder no era ejercido generalmente más de seis meses, pero concentraba en sus manos tanto el *imperium domi* como el *imperium militiae*, al suspenderse las garantías de los ciudadanos, lo que se sobreentiende en aras de la seguridad que debía preservar el dictador. Aunque debía haber desempeñado antes el consulado, no nos parece una institución presente de forma habitual en la carrera administrativa romana, sino una magistratura que se instituía con carácter excepcional, y que concentraba el poder de forma no deseable ni habitual⁶².

Las reglas del orden jerárquico que afectaban a las distintas magistraturas romanas demuestran que poco a poco, quién demostrase estar capacitado para ello, podía llegar al más alto escalafón en la vida pública. Es cierto que su recorrido debía ser sin tacha, y mejor con triunfos y honores en su haber, pero no es menos cierto que la posibilidad de llegar a ser Cónsul, con todo lo que ello suponía, imbuía de coraje a los distintos aspirantes a dicho cargo. La obligatoriedad de trabajar en distintos puestos para poder llegar a decidir en la vida política de la Urbs formaba de la mejor forma posible a los magistrados, lo que demuestra que el orden jerárquico establecido para ello fue una medida acertada.

⁶¹ A. BURDESE, *Diritto Pubblico Romano*, cit. p. 66: “Quanto al dittatore, originariamente denominato *magister populi* e più di recente *dictator* forse perché dispone (*dictat*) senza consultarsi coi colleghi in antitesi alla collegialità consolare, è questi un magistrato supremo probabilmente straordinario sin dall’origine della costituzione repubblicana”.

⁶² Vid. al respecto, A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho público Romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje*, cit. p. 136: “A fines de la República, la dictadura como magistratura constitucional degenera y se nombran dictaduras sin período de tiempo previamente limitado, que es ya el significado moderno de dictadura. César se hace nombrar *dictator perpetuo*, lo que no tiene nada que ver con la naturaleza del cargo republicano. Augusto, más sutil, desecha el cargo de dictador y se hace nombrar tribuno de la plebe”.

DIGNIDAD SOCIAL Y AUTORIDAD. EL LEGADO DE ROMA Y SU PRESENCIA EN EL PROTOCOLO DE NUESTROS DÍAS

Luis Rodríguez Ennes

Professor catedrático de Direito Romano
Universidade de Vigo, Espanha.

Sumário: Introdução. II.- Evolução histórica: 1.- Roma imperial; 2.- Idade Média; 3.- Idade Moderna: A) Introdução do “Uso de Borgonha” por Carlos I; B) Luís XIV e os Borbones espanhóis; C) A Galícia do Antigo Regime.

INTRODUCCIÓN

A lo largo del devenir histórico, la prioridad jerárquica, **leit motiv** del protocolo, se ha erigido en un proceloso campo de disputas. Con mayor o menor énfasis –pero sin excepción- desde los remotos tiempos faraónicos, hasta la era de la moderna cibernética, las civilizaciones se han preocupado de las delicadas materias protocolarias y ceremoniales. En todo tiempo y lugar se fue arbitrando un compendio de normas para armonizar la representación de los distintos estamentos sociales; de ahí que alguien apuntase –con notorio acierto- que la ciencia y el arte del protocolo constituyen una mezcla inseparable entre la tradición del pasado y la complejidad del presente, marcado éste por el mayor sentido práctico y utilitario que preside la vida moderna¹. De acuerdo con esta premisa inicial, mi trabajo se circunscribirá a un recorrido por la evolución de las normas protocolarias, comenzando por la mejor documentada y más influyente civilización de la Antigüedad –la romana- y concluyendo con el actual marco normativo. Con ello trato de demostrar una vez más la razón que encierra el aforismo clásico: **historia est magistra vitae**.

II - EVOLUCIÓN HISTÓRICA

1 ROMA IMPERIAL

El emperador poseía la más alta **dignitas** en la sociedad romana y no sólo en virtud del poder que le confería la constitución, sino también merced a su posición personal²: podía en todo momento apelar a la **auctoritas** de su persona,

¹ Cfr. PUMAR VÁZQUEZ, *Cerimonial e protocolo* (Vigo, 1995) p. 9.

² ALFÖLDY, *Historia social de Roma*, trad. esp. Alonso Troncoso (Madrid, 1987) p. 139.

de la que Augusto afirmaba que ya únicamente por ella “podía considerarse superior al resto de los hombres”³, añadiéndose a ésto que al soberano se le tenía por la encarnación ideal de todas las virtudes romanas. Su autoridad sin parangón se expresaba en una titulación imperial paulatinamente formalizada (**Imperator Caesar Augustus**) con recuento de los distintos tipos de poder y dignidades⁴, en su atuendo e insignias especiales, y en el ceremonial que rodeaba a su persona, reforzado todo ello por su carisma religioso, que el culto al Emperador –y en el oriente grecoparlante- la divinización mantenían constante⁵.

El cambio fundamental experimentado por el sistema político romano con la introducción de la monarquía imperial afectó a las funciones públicas de los grupos situados en la cúspide de la sociedad, es decir a los integrantes de los estamentos senatorial y ecuestre, cuyos servicios –en la época republicana prestados al Estado- se van a considerar a partir de ahora como ofrecidos al emperador⁶.

Los “mejores” por razón de privilegios escritos y no escritos, eran tratados con especial respeto tanto por parte de los estratos inferiores, como también por el propio Estado. Según una disposición de Vespasiano, un senador no podía ser ofendido ni siquiera por un caballero y, caso de ser éste el agraviado, quedaba autorizado a lo sumo a devolver la ofensa por mediación de un miembro del primer orden, ya que la **dignitas** que se le reconocía al primero y al segundo de los órdenes no era la misma⁷. Las personas distinguidas eran objeto

³ *Auctoritate omnibus praestiti*, cfr. *Res Gestae Divi Augusti*, 34.

⁴ Entre las mayores preocupaciones de Augusto destaca la relativa a que su nombre reflejase la posición de supremacía que había alcanzado. Para ello prescindió sucesivamente, del **nomen** y **praenomen** de Cayo Octavio y de los derivados de su adopción testamentaria por César, C. Julio, y únicamente conservó el **cognomen** adoptivo de **Caesar** (en cierto modo transformado en nombre) y el de Augusto que le otorgara el Senado. A ellos antepuesto, como si fuera un **praenomen**, el título de **imperator** y se hizo llamar **Imperator Caesar Augustus**; palabras que terminaron siendo consideradas por sus sucesores, no como nombres personales, sino cual sinónimos de *princeps* [Cfr. ARANGIO RUIZ, *Historia del Derecho Romano* ³, trad. esp. Pelsmaecker (Madrid, 1975) p. 274].

⁵ Acerca de la posición del príncipe, *vid.*: *Recherches sur l'aspect idéologique du principat* (Basilia, 1953); WICKERT, en RE, XXII (1954), col. 1998 ss., y en ANRW, II, 1 (Berlín-Nueva York, 1974) p. 3 ss. Sobre la *auctoritas*: MAGDELAIN, *Auctoritas Principis* (Paris, 1947). Culto imperial, insignias y ceremonias: TAEGER, *Carisma. Studien zur Geschichte des antiken Herrscherkultes*, II (Stuttgart, 1960); ALFÖLDY, *Die monarchische Repräsentation im römischen Kaiserreiche* (Darmstadt, 1970); bibliografía en HERZ, ANRW, II, 16,2 (Berlín-Nueva York, 1978) p. 833 ss.

⁶ Sobre Augusto y las capas altas de la sociedad: SYME, *Roman Revolution* (Oxford, 1939) p. 276 ss.

⁷ SUETONIO, *Vesp.* 9, 2. Con todo, el segundo orden –el ecuestre- también se caracterizaba por su etos aristocrático y no profesional. A juicio del historiador DIÓN CASIO (52, 19, 4), el orden ecuestre se parecía al senatorial en que para ingresar en él había que responder a los mismos criterios –noble linaje, excelencia y riqueza-, pero en el segundo grado. Al igual que los senadores, los ecuestres fueron objeto de intentos de imponer respetabilidad moral a fuerza de leyes, como el *senatus consultum* del año 19 d. C. que prohibió a los miembros de ambos órdenes y a sus familias que se deshonraran actuando en espectáculos públicos; [el decreto senatorial está recogido en D. 23, 2, 4 pr., cfr. al respecto: TREGGIARI, *Roman freedmen during the Late Republic* (Oxford, 1964) p. 82 ss ; LEVICK, “The Senatus Consultum from Larinum”, en JRS 73 (1983) p. 97-115].

de particular reverencia por la masa⁸ y gozaban de especiales prerrogativas en materia de derecho penal: los componentes del estamento ecuestre que cometían actos delictivos por los que una persona corriente se vería condenada a trabajos forzados, habían tan sólo de marchar al exilio; los senadores culpables de un crimen capital estaban libres de la pena de muerte y debían únicamente ir al destierro⁹. El resto de los mortales, por el contrario, quedaba sujeto a todas las severidades del ordenamiento punitivo romano¹⁰.

Los senadores tenían derecho al título de **clarissimus** y sus mujeres e hijas al de **clarissima**, lucían como insignias de su estamento la franja ancha de púrpura en la túnica o **latus clavus**¹¹, frente a los caballeros que llevaban una franja estrecha o **angustus clavus** y ostentaban además el título de **eques Romanus**¹². Con todo, en época augústea, el orden senatorial siguió siendo el más prestigioso, un reducido círculo formado por varios centenares de familias a las que se consideraba eminentes de acuerdo con las tradicionales pautas de cuna, riqueza y excelencia moral. Augusto se propuso reconstruir el senado y reavivar su moral hundida purgándolo de miembros de categoría dudosa que se habían infiltrado en el orden senatorial durante las guerras civiles –una serie de revisiones hicieron que el número de senadores bajara de unos 1-200 a 600- y acentuando las diferencias entre senadores y hombres de rango inferior¹³. El orden senatorial no era, en modo alguno, una aristocracia hereditaria. Pese a ello, el prestigio que se atribuía a la noble alcurnia empujó a Augusto a promover el principio hereditario con el fin de elevar la categoría del senado, permitiendo a los hijos de los senadores asistir a las reuniones del senado con sus padres¹⁴ y haciendo extensiva la distinción senatorial

⁸ TÁCITO, *Ann.* 3, 23.

⁹ Cfr. FERRINI, *Diritto penale romano*, ed. anast (Roma, 1976) p. 143 ss.

¹⁰ Para MOMMSEN, así como las desigualdades legales en la aplicación de la pena a los libres y a los no libres eran tan antiguas como la misma Roma, las desigualdades legales en la aplicación de la pena a los nobles y a los simples ciudadanos se remontan a los tiempos de Augusto y Tiberio, supuesto que el primero de estos emperadores abolió la igualdad de derecho, que había sido el producto de la secular lucha de clases, mediante la creación de la nueva nobleza hereditaria y la nueva nobleza personal; y el segundo dio forma y expresión en el orden penal a la antítesis entre ciudadanos de clase superior y ciudadanos de clase inferior, mandando que los trabajos forzados sólo pudieran imponerse a estos últimos y no a los primeros. Pero el sistema así implantado no llegó a adquirir firmeza y desarrollo completos hasta las generaciones posteriores, las disposiciones de Marco Aurelio acerca de la aplicación del tormento fueron las que contribuyeron de una manera esencial a establecer una separación marcada entre las dos categorías de personas a las que nos referimos. [Cfr. *Derecho Penal Romano*, trad. esp. Dorado Montero (Bogotá, 1976) p. 641].

¹¹ CHASTAGNOL, “Les modes d’accès au sénat romain au debut de l’empire”, en *Bull. Soc. Antiq. France* (1971) p. 283-310; 1D.; “La naissance de l’ordre senatorius”, en *MEFR* 85 (1973) p. 583-607.

¹² MILLAR, *A study of Caesarius Dio* (Oxford, 1964) p. 21, 1D.; “Empire and city, Augustus to Julian: obligations, excuses and status”, en *JRS* 83 (1983) p. 1-23; PFLAUM, “Titulature et rang social sous le haut-empire”, en Nicolet (ed.) *Recherches sur les structures sociales dans l’antiquité classique* (París, 1970).

¹³ GARNSEY-SALLEER, *El Imperio Romano: economía, sociedad y cultura*, trad. esp. J. Beltrán (Barcelona, 1990) p. 135.

¹⁴ SUETONIO, *Aug.* 38.

a los descendientes de los senadores durante tres generaciones¹⁵, y se ofrecieron incentivos al orden senatorial para que se reprodujera¹⁶. Empero, al finalizar el principado, el ecuestre principal, el prefecto pretoriano, ya procedía a los senadores en el protocolo de la corte. Los romanos, que eran gente consciente del rango, no querían que el inmenso abismo social que había entre el ecuestre más encumbrado y el más humilde pasara desapercibido, de modo que a finales del siglo II se inventó una nueva jerarquía de epítetos para designar a los ecuestres que ocuparan cargos (**egregius** o “excelente” para los procuradores; **perfectissimus** o “perfectísimo” para los prefectos de mayor categoría, y **eminentissimus** o “eminentísimo”, para los prefectos pretorianos¹⁷).

Los romanos hacían alarde de su rango siempre que aparecían en público, y en ninguna parte lo hacían de forma tan conspicua como en los espectáculos que se daban en el teatro, el anfiteatro y el circo. En Roma, Augusto confirmó y extendió las disposiciones de finales de la república que reservaban asientos o filas de asientos para los senadores, los ecuestres y los ciudadanos¹⁸. En los municipios, los asientos se disponían de forma que dieran definición especial a la distinción entre el orden curial y los ciudadanos corrientes. La ley que promulgara César para la colonia de Urso –actual Osuna- en Hispania, ya había dado instrucciones claras sobre la disposición de los asientos en el anfiteatro y el teatro, a la vez que establecía multas enormes para las infracciones, lo cual indica que estaba en juego algo más que obtener una buena localidad¹⁹.

La última ley municipal romana descubierta²⁰, conocida como **Lex Irnitana**, también confirma esta disposición en su capítulo 81²¹. Poner a cada quien en su sitio apropiado era afirmar de modo visible la dominación de la estructura social imperial, y tenía por fin impresionar al grueso de la población del imperio.

¹⁵ D. 23, 2, 44 pr.

¹⁶ HOPKINS, *Death and renewal* (Cambridge, 1983), sobre las leyes referentes al matrimonio en p. 143 ss.

¹⁷ MILLAR, *A study*, cit., p. 21; PFLAUM, “Titulature” cit.

¹⁸ No nos resistimos a transcribir, por su vis descriptiva, lo que constata SUETONIO al respecto: “Promulgó reglas especiales para impedir el sistema desordenado y fortuito que usaban los espectadores para obtener asientos en estos espectáculos, habiéndose indignado al saber del insulto recibido por un senador, a quien al entrar en el abarrotado teatro de Puteoli, ningún miembro del público le ofreció un asiento. El consiguiente *senatus consultum* dispuso que en todas las funciones, dondequiera que se celebrasen, la primera fila de la platea debía reservarse para los senadores... Otras reglas suyas incluían la separación de los soldados de los civiles; la asignación de asientos especiales para los plebeyos casados, para los muchachos que aún no fueran mayores de edad y, cerca de ellos, para sus tutores; y la prohibición de vestir prendas oscuras, excepto en las últimas filas” (Cfr. *Aug.* 44). Se refieren también a estos hechos: DIÓN CASIO, 60, 7; SUETONIO, *Claud.*, 21; TÁCITO, *Ann.*, 15, 32.

¹⁹ RICCOBONO, *Fira I*, 21 (*Lex col. Gen. Iul. Urs.*) p. 125-127, especificando una multa de 5.000 sestercios.

²⁰ El hallazgo de estas tablas de bronce –todas menos una rotas en varios fragmentos- tuvo lugar, en una búsqueda irregular, en la primavera de 1981, en la colina llamada Molino del Postero, a 5 kms. al SW de El Saucejo y 3 kms. al NE de Algámitas, en la provincia de Sevilla. La primera edición crítica se debe a JULIÁN GONZÁLEZ, y fue publicada en *Journal of Roman Studies* (JRS) 76 (1986) p. 147-238.

²¹ Cfr. D’ORS, *Lex Irnitana* (texto bilingüe) (Santiago de Compostela, 1988) p. 64.

El carácter despótico de la monarquía romana se hizo más evidente en la época bajo imperial. Los emperadores eran tenidos por “soberanos de la tierra bajo el sol y señores victoriosos”²², por “señores de todas las cosas humanas”²³; el trato con ellos quedó marcado en adelante por un rígido ceremonial de corte, fuertemente influido por modelos orientales; la desobediencia al soberano no sólo se consideró como un acto criminal sino como un sacrilegio. La concepción que tenían del emperador paganos y cristianos se diferenciaba en que para los primeros el soberano seguía apareciéndoseles como un Dios (p. ej. *Paneg.* 12, 4, 5), mientras que los segundos veían en él a un monarca por la gracia de Dios; pero ésto no cambiaba en nada el carácter sacral de su persona, como tampoco la infinita distancia entre soberano y súbdito, pues el emperador era también en la visión cristiana el elegido por la **summa divinitas**, a quien ésta “confiaba el gobierno de todo lo terrenal”²⁴.

Diocleciano –arquetipo del monarca absoluto tardorromano– gustaba de lo solemne. El acceso a su persona se hizo cada vez más difícil a causa del creciente ceremonial. En las salas y vestíbulos del palacio había colocados oficiales, cortesanos y guardias; en el interior mandaban eunucos influyentes; quien por el asunto y el rango, podían llegar hasta el emperador, tenía que prosternarse a la manera oriental²⁵. Diocleciano tenía viejos amigos, pero la confianza había desaparecido, acaso por ambos lados; temía, y no sin razón, que su intimidad con terceras personas podía perturbar su artificial armonía con los colegas. En lugar de la simple púrpura con que se habían contentado casi todos los emperadores anteriores –excepción hecha de los dementes– viste (desde 293) ropajes de seda recamados y salpica sus sandalias de piedras preciosas y perlas; ciñe su cabeza con la diadema, una cinta blanca cubierta de perlas. Este era el uniforme oficial en que se presentaba en las ocasiones solemnes. Con motivo del encuentro de Diocleciano y Maximiano en Milán –291– el panegirista Mamertino²⁶ describe la solemne corte como una “adoración escondida en lo más íntimo del santuario, que había de asombrar únicamente los ánimos de aquellos a los que su rango les permitiera llegar hasta vos”. Y no quedaban las cosas en formalismos mudos, pues también se pronunció la palabra escabrosa; el emperador ya no se nombraba según los títulos –tan inocuos entonces– de la Roma republicana: el cónsul, el poder tribunicio, etc., se llamaba *dominus*, el señor²⁷.

²² *Inscriptiones Latinae Selectae* (ILS) 8809.

²³ *Ibid.* 807.

²⁴ *Opt. Milev., App.* 3. Idea del emperador en el Bajo Imperio: STRAUB, *Von Herrscherideal in der Spätantike*³ (Stuttgart, 1964); ALFÖLDY, *Die monarchische Repräsentation im römischen Kaiserreiche* (Darmstadt, 1970).

²⁵ BUCKHARDT, *Del paganismo al cristianismo. La época de Constantino El Grande*, trad. esp. E Imaz (Madrid, 1982) p. 46.

²⁶ *Paneg.*, III. 11.

²⁷ En el tratamiento acostumbrado al emperador este título aparece de vez en cuando en inscripciones de Valeriano, Galerio y Aureliano.

No sabemos si en la corte de Diocleciano el lenguaje no era todavía algo más servil y mezclado con frases de adoración. En todo caso, el ceremonial, por lo que se refiere a la persona imperial, debió ser aún un poco inocente y no muy alambicado; de seguro que no se le puede comparar con la corte bizantina, en la que en el siglo X, el emperador Constantino Porfirogeneta²⁸ actuó en persona de maestro de ceremonias de la corte para conducir con un hilo sistemático a los contemporáneos y a la posteridad a través de aquel laberinto de prácticas sagradas, cuyo carácter servil se va imponiendo poco a poco a los autócratas sacrosantos y divinos desde que se entrelazan y exaltan recíprocamente el ceremonial eclesiástico y el cortesano²⁹.

Sí, del trono para abajo, el régimen de títulos y rangos se fue apoderando poco a poco de la sociedad romana, no hay que achacarlo sin más a Diocleciano. El proceso natural de anquilosamiento de la vida antigua tenía que adoptar inevitablemente esta forma. Hacía largo tiempo que el gobierno venía siendo casi por completo un gobierno de soldados; ahora bien, un régimen semejante conformará siempre todo el aparato estatal a su imagen y semejanza, es decir, con un orden riguroso y visible de grados y dignidades, porque su alma es la subordinación. Muchas disposiciones externas de este tipo que se suelen atribuir a Diocleciano, posiblemente se presentaron ya antes, pero la transformación definitiva de la vida estatal tuvo lugar bajo Constantino³⁰.

Y es que, justamente con el llamado “primer emperador cristiano”, se asiste a un perfeccionamiento del ceremonial y de los oficios de palacio. La llamada **Notitia Dignitatum**, un calendario de la corte y del estado de principios del siglo V³¹, enumera una jerarquía completa de los cargos palatinos y estatales que es posible que, en general haya cobrado forma de manos de Constantino, aunque es cosa que tampoco se puede demostrar directamente. De las diversas

²⁸ El papel histórico de Constantino Porfirogeneta, no está en su insignificante actividad como hombre de Estado –sólo reinó entre 945-959- sino en su trabajo extremadamente intensivo y fecundo en el campo de la cultura y de la ciencia. Compuso una enciclopedia bajo el título de *Libro de las ceremonias* –a la que nos referimos en el nt. 29- de incalculable valor como fuente histórica; también redactó una disertación histórico-gráfica sobre las provincias del Imperio, un tratado importantísimo sobre países y pueblos y una biografía de su abuelo Basilio I. Varias obras históricas notables, así como una serie de diversos escritos científicos y tratados prácticos nacieron por orden o iniciativa suya; también fomentó con gran entusiasmo la recopilación de resúmenes tomados de antiguos escritores, sobre todo de los historiadores. El escritor y mecenas portador de corona dio un impulso poderoso a las fuerzas espirituales del Imperio, suscitando una actividad científica sin par. [Cfr OSTROGORSKY, *Historia del Estado Bizantino*, trad. esp. J. Facci (Madrid, 1983) p. 279-280].

²⁹ El enorme *Libro de las Ceremonias* (*De caerimoniis aulae byzantinae*), representa una verdadera mina de información histórica y arqueológica. [Existe una edición francesa con comentario de VOGT, *Le livre des Cérémonies* (París, 1935, 1939-1940) del libro I, caps. 1-83]. Una de las fuentes más importantes de esta obra la constituye el *Klerologion* de Filoteo, que nos informa sobre la jerarquía de los funcionarios alrededor de 900. [Edición separada con un excelente comentario de BURY, *The Imperial Administrative System in the Ninth Century* (Londres, 1911)].

³⁰ BUCKHARDT, *Del paganismo al cristianismo*, cit., p. 57-58.

³¹ Existe una edición de la *Notitia Dignitatum*, a cargo de SEECK (Berlín, 1876) que es la que hemos manejado.

dignidades sabemos que muchas de ellas existían ya bajo Diocleciano y aún mucho antes desde Adriano. De todos modos la tabla –por lo mismo que no se conocen estos antecedentes- tiene algo de sorprendente ya que revela la fastuosidad del despotismo. Por todas partes resuena el adjetivo **sacer** (sagrado) cuando bastaba con decir “imperial”. Y en qué forma el mundo romano de entonces se acostumbró al sistema de títulos como símbolos de una jerarquía nos lo dicen los tratamientos corrientes de **illuster, spectabilis, honoratus, clarissimus, perfectissimus, egregius**, etc.³². Por otra parte, los privilegios de los cortesanos, manejados consecuentemente y ampliados, tenían que producir poco a poco una nueva nobleza hereditaria germen, a su vez, del feudalismo.

2 EDAD MEDIA

En la Europa altomedieval se había extendido la idea –formulada por un reducido número de intelectuales- de que el mundo estaba concebido de tal manera que cada uno tenía sus misiones específicas atribuidas por Dios desde la Creación³³. La función principal –en teoría que no en la práctica- la desempeñaban los hombres dedicados a rezar por las almas de todos –**oradores**- los **bellatores** [verdadero grupo dominante de la época³⁴] debían consagrar su vida a la defensa y protección del conjunto social; y, por último, los **laboratores** desempeñaban la necesaria –pero menos considerada- función de trabajar para el mantenimiento de los otros grupos. Era un esquema simple de justificación de las desigualdades existentes que se estableció firmemente en la mentalidad colectiva de la época y que perdurará durante varios siglos, configurando la llamada “sociedad de los tres órdenes”³⁵.

Por otra parte, los teóricos políticos del absolutismo monárquico, concebían la sociedad civil como la transposición del orden celestial³⁶. Aceptada la desigualdad como componente natural y fundamental de ese orden, se adaptaron las teorías de los antiguos para formular una concepción más ligada alas ideas cristianas La idea de la igualdad había sido ya tomada por los Padres de la Iglesia de Cicerón y Séneca. San Gregorio Magno había enseñado ya a la naciente Edad

³² Los datos accesibles de la *Notitia*, entre otros en KÖRTUM, *Römische Geschichte*, p. 412 ss.; FIEDLER, *Römische Geschichte*, en los apéndices.

³³ GARCÍA HERNÁN, *La nobleza en la España moderna* (Madrid, 1992) p. 12.

³⁴ DUBY, *Guerreros y campesinos. Desarrollo inicial de la economía europea (500-1200)* (Madrid, 1976) p. 208.

³⁵ Así, en 1539, en las *Epístolas familiares* de ANTONIO DE GUEVARA, famoso Obispo mindoniense y, a la sazón, confesor de Carlos I, podemos leer: “En la buena república el sacerdote ora, el labrador ara y el caballero pelea” (Cfr. Ep. III).

³⁶ Se contempla un orden celestial que contenía la sociedad de ángeles repartidos en nueve coros, a su vez clasificados en tres órdenes o jerarquías. La más alta de éstas, la de los tres coros de serafines, querubines y tronos, representará a la nobleza del cielo. [Cfr. BENNASAR, *La España del Siglo de Oro* (Barcelona, 1983) p. 39].

Media el **Omnes namque homines natura aequales sumus** (“Todos los hombres somos iguales por naturaleza”). Esta sentencia había sido repetida con los más diversos acentos y matices³⁷, sin aminorar la afectiva desigualdad; pues para el hombre medieval, el punto céntrico de la idea estaba en la cercana igualdad ante la muerte, no en una inasequiblemente lejana igualdad ante la vida. En Eustache Descamps la encontramos en claro enlace con la idea de la danza de la muerte³⁸, que era para la última Edad Media assolada por la Peste Negra³⁹, un consuelo de la injusticia del mundo⁴⁰. Tal apelación a la muerte como único ras igualatorio – expresada en el popular aforismo latino **sic transit gloria mundi**– va a permanecer viva durante todo el Antiguo Régimen, como lo demuestran sin género de dudas, tanto los autos sacramentales de nuestro Siglo de Oro como las macabras obras pictóricas de Peter Brueghel, el Bosco o el sevillano Valdés Leal.

Pese a las iras de algunos intelectuales que clamaban contra la injusticia social y el atentado a la más pura moral cristiana que suponía la desigualdad⁴¹, lo cierto era que estaba generalmente admitida la idea de la necesidad de un buen orden y armonía dentro de la sociedad y de la obligatoriedad de la

³⁷ La unión de la idea de igualdad con la de la nobleza de corazón halla certera expresión en las palabras de Ghismonda a su padre Tancredo, en el primer cuento del cuarto día, en el *Decamerón* boccacciano.

³⁸ Según DESCHAMPS, Es Adán quien habla así a su descendencia: “Hijos míos, hijos míos, de mí, Adán nacidos/ Que soy, después de Dios, el padre primero/ Creado por Él, todos de mí habéis descendido/ Según naturaleza, de mi costilla y de Eva/ Ella es vuestra madre ¿Cómo es el uno villano/ Y el otro toma de gentilhomme el título/ Entre vosotros, hermanos ¿de dónde/procede semejante nobleza?/Yo no lo sé, a menos que sea de las virtudes/ Y de todo vicio que hiere, los villanos/ Todos estáis de la misma piel revestidos- vous estes tuos d’une pel revestus-“ [Cfr. *Oeuvres complètes*, ed. De Queues-Raynaud (París, 1878-1903) VI, núm. 1.140, p. 67].

³⁹ La Peste Negra fue la gran plaga de una Edad Media abundante en enfermedades epidémicas. Surgió en la colonia genovesa de Caífa (Crimea), asediada por un ejército mongol que contrajo la enfermedad y la contagió a los sitiados. Transmitida por marinos genoveses, la peste alcanzó a Constantinopla y en 1347 a Italia. Al año siguiente se había propagado a Francia y a los territorios de la Corona de Aragón. En 1349 se extendió a Inglaterra y en 1350 azotaba a los reinos ibéricos occidentales. Al transmitirse también hacia el valle del Danubio y Escandinavia, llegó un momento en que toda Europa y el Próximo Oriente padecían los efectos de la enfermedad. El gran azote de la Peste Negra en sus diversas formas –bubónica, pulmonar o septicémica– tuvo así carácter general a mitad del siglo XIV, y de ella se hizo eco BOCACCIO en la introducción al *Decamerón*. En los años siguientes hubo otras oleadas de la enfermedad, de alcance más restringido. [Cfr. VALDEÓN, “La muerte negra en la Península y “El impacto de la peste”, en *Historia* 16, 56 (1980) p. 60-66 a 71, respectivamente].

⁴⁰ Los misioneros venían de tiempo en tiempo para sacudir al pueblo con su voz. Nosotros, lectores de periódicos, apenas podemos imaginarnos el poderoso efecto de la palabra hablada sobre un espíritu ignorante. El hermano Ricardo, predicador popular, predicó en París en 1429, durante diez días sucesivos. Hablaba desde las cinco hasta las diez o las once de la mañana en el cementerio de los Inocentes, bajo cuya galería estaba pintada la célebre “Danza de la muerte”, de espaldas a las fosas comunes, en las cuales yacían amontonados y rebasando de la arcada los cráneos, a la vista del público [Cfr. HUIZINGA, *El Otoño de la Edad Media*, trad. esp. José Gaos (Madrid, 2001), p. 17].

⁴¹ Por ejemplo A. LÓPEZ DE VEGA, que en su *Heráclito y Demócrito de nuestro siglo Diálogos morales sobre tres materias, la nobleza, la riqueza y las letras* (Madrid, 1641), dentro del tono filosófico y moral de toda la obra, denuncia –en boca de su personaje Heráclito– la tremenda injusticia de la desigualdad como principio contrario a la naturaleza humana y al propio cristianismo, se dirigen casi siempre, en tono velado e irónico, contra los hidalgos (a quienes

existencia de una minoría dirigente que garantizara ese deseable equilibrio y que permitiera el desarrollo de un buen gobierno. Además, los propios contemporáneos eran muy conscientes de que la desigualdad conllevaba inevitablemente el afán por la superación personal, que es “lo bueno para el buen orden de la República”⁴². La general aceptación –al menos para la vida terrena- de tamaña desigualdad, implicaba la existencia de hecho y de derecho de miembros de la sociedad con atributos de superioridad sobre la masa de “hombres del común”⁴³. Así pues, existía una estructuración jerárquica dentro de la sociedad y una minoría de privilegiados que se elevaba en múltiples aspectos sobre los que no gozaban de tales prerrogativas. Privilegio es palabra clave para comprender el concepto de superioridad social de la nobleza, así como para definir el denominador común –casi único- que hace de este grupo social un conjunto de miembros con una cierta homogeneidad.

Tal sociedad es también llamada sociedad de órdenes o de estados, que se caracteriza fundamentalmente porque configura un modelo social jerarquizado, basado en la desigualdad, en diferentes estratos o estamentos compartimentalizados, pero no rigurosamente cerrados, que confieren unos determinados privilegios y obligaciones para sus miembros de acuerdo con la consideración social y, más explícitamente, con la específica reglamentación jurídica que tienen asignada⁴⁴. El concepto de “estado” no sólo tiene más valor, sino también una significación mucho más amplia. En general, se considera un estado toda agrupación, toda función, toda profesión, hasta el punto de haber podido existir junto a la división de la sociedad otra división en doce⁴⁵. La idea de la organización de la sociedad en “estados” penetra, pues, en la Edad Media todas las especulaciones teológicas y políticas hasta sus últimas fibras; no se limita, en absoluto, a la consabida trinidad: clero, nobleza y tercer estado.

Así las cosas, **estát** y **ordre** abrazan en el medievo un gran número de agrupaciones humanas que son muy heterogéneas para nuestro modo de pensar: los estados en el sentido de nuestras clases sociales, el estado de matrimonio junto al estado de soltería, el estado de pecado –**etát de pechié**-, los cuatro **estáts de corpe et de bouche** –estados de la boca y del cuerpo- de la corte: **panetiers**, escanciadores, trinchantes y maestros de cocina; las órdenes

⁴² Biblioteca Nacional, ms. 2364, fol. 88-93.

⁴³ La definición de nobleza que daría GUARDIOLA, en su *Tratado de nobleza y de los títulos y ditados que oi día tienen los varones y grandes de España* (Madrid, 1591), es muy interesante a este respecto: “... es una calidad... mediante la qual se demuestra accepto y agradable. Más que todos los honestos plebeyos”.

⁴⁴ MORALES MOYA, en *Poder político, economía e ideología en el siglo XVIII español: La posición de la nobleza* (Madrid, 1983) p. 714-721, nos proporciona un clarificador y, en nuestra opinión, acertado análisis sobre la consideración de la nobleza española como estamento y como clase. P. CHAUNU, por su parte, afirma: “La nobleza n’est pas une classe au sens strict, mais les divisions au sein de la noblesse sont des divisions de classe” [Cfr. “La société espagnole au XVIIe siècle. Sur un refus collectif de mobilité”, en *Bulletin Hispanique* 78 (1966) n° 1-2, p. 104-115].

⁴⁵ POLLARD, *The Evolution of Parliament* (Londres, 1920) p. 58 ss.

sacerdotales –presbítero, diácono, subdiácono, etc.–, las órdenes monásticas, las órdenes militares⁴⁶. Lo que para el pensamiento medieval confiere unidad al concepto de “estado” o de “orden” en todos estos casos, es la creencia de que cada uno de estos grupos representa una institución divina, es un órgano de la arquitectura del universo, tan esencial y tan jerárquicamente respetable como los Tronos y las Dominaciones celestiales de la jerarquía angélica⁴⁷.

3 Edad Moderna

Tampoco puede sorprendernos que, de acuerdo con estas premisas, el tratamiento y el ceremonial, al llevar consigo la constatación externa de la pertenencia a un determinado **status**, fuera cuestión fundamental en el Antiguo Régimen. La observancia puntillosa de estos modos de encasillar a las personas de acuerdo con su rango, que a nosotros nos puede parecer ridícula, era una realidad social tan importante época que daba origen en muchas ocasiones a innumerables pependencias y disputas por el uso indebido de “vuesa merced” o su “ilustrísima”, o una reverencia a destiempo. El ceremonial –según las estrictas normas de la etiqueta –obviamente se hacía más ostensible y riguroso en la Corte, donde cada uno tenía perfectamente asignados su dignidad y su puesto⁴⁸.

Como ha apuntado el ilustre sociólogo Salustiano del Campo⁴⁹: realeza significa magnificencia, excelencia, generosidad. Rodeada de pompa, esplendor y ceremonia, la persona del rey se convierte en símbolo y simboliza. En símbolo polivalente con funcionalidad múltiple y con plurales radiaciones expresivas. Corporeiza de forma visible un síndrome moral, un principio aglutinador abstracto. Era rey y representaba a cada uno de los reinos. Es una imagen –la real- centralizadora y estabilizante que fusiona la sociedad fragmentada.

La divinización de la realeza austríaca puede apreciarse mejor si observamos al rey a los cortesanos en acción ritual en el palacio, en la apoteosis del rey. El protocolo, la etiqueta, el comportamiento formal y solemne reconoce y activa la sociedad encarnada en el cuerpo resplandeciente del monarca; el protocolo riguroso y la ceremonia escenifican y reproducen cotidianamente, en cada acto oficial, su deificación, el menos por analogía. El modo de conducirse el rey, sus

⁴⁶ HUIZINGA, *El Otoño*, cit. p. 77.

⁴⁷ *Vid.*, la nt. 36

⁴⁸ Un curioso ejemplo de entre los múltiples que podríamos consignar: como los grandes no se podían cubrir en el interior del cuarto real o en la audiencia particular que el rey les diera, Don Francisco de Melo, gobernador de Flandes, que tenía la pretensión de ser grande de España, siempre que lo necesitó pidió hablar con el rey (para no sufrir el “despecho” de tener que cubrirse donde los grandes no lo hacían) en audiencia en la Galería (en lo más interno de las habitaciones reales; sólo dos estancias antes de donde se viste el monarca. [Cfr. CARRILLO, *Origen de la dignidad de grande de Castilla, preeminencias de que gozan en los actos públicos, y palacio de los Reyes de España* (Madrid, 1657) fol. 33].

⁴⁹ SALUSTIANO DEL CAMPO, *Contestación al discurso de ingreso de C. Lisón Tolosana en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (Madrid, 1992) p. 217.

vestidos y manera de hablar, su estilo, su encubrimiento, su distanciamiento y compostura, le hacen diferente, le colocan aparte, separado, y a ello ayudan las cortinas, las alfombras, los baldoquines, los estrados y el trono, todos los cuales –juntamente con los tabúes que le rodean- transmiten la idea de un tesoro en un relicario, conforman una imagen única de poder místico y esencia deífica⁵⁰.

A) *Introducción al “uso de Borgoña” por Carlos I.*

La corte es el lugar donde con más plenitud pueden desplegarse las formas estéticas de la vida. Es sabido cuánta importancia concedían los duques de Borgoña a todo lo que se refería al esplendor y brillo cortesanos. Después de la gloria guerrera, dice Chastellain⁵¹, es el brillo de la corte lo primero en que se pone la mira y cuya regulación y buen orden son de suma necesidad. Olivier de la Marche, el maestre de ceremonias de Carlos el Temerario –bisabuelo de nuestro Carlos I- escribió, a requerimientos del rey Eduardo VI de Inglaterra, su tratado sobre la brillantez de la corte ducal borgoñesa, recomendando al rey inglés que imitase aquel modelo de vida ceremoniosa y de etiqueta⁵². De Borgoña heredaron los Habsburgo la vida de corte pomposa y elegante y la trasplantaron a España y Austria, cuyas cortes han sido sus baluartes hasta el primer tercio del siglo XX. La corte de Borgoña era universalmente celebrada como la más rica y mejor ordenada de todas.

Principalmente, Carlos el Temerario, un hombre imbuido del más estricto espíritu de disciplina y regularidad y que, sin embargo, no dejó tras de sí más que desorden, tenía una verdadera pasión por la vida sometida a reglas fijas de protocolo. Dos o tres veces por semana daba, después de la comida, una audiencia pública, en la cual cualquiera podía acercársele y exponer sus peticiones. Todos los nobles de la casa debían estar presentes y ninguno osaba faltar. Separados cuidadosamente según su rango, permanecían sentados a ambos lados del paso libre que conducía a la elevada silla del duque. Arrodillados a sus pies estaban los dos **maitres de requestes**, el **audiencier** y un secretario, que leían los memoriales y los despachaban como quería el príncipe. Detrás de unas balaustradas que rodeaban la sala, permanecía en pie el personal inferior de la corte. Era por su aspecto –dice Chastellain⁵³ -**une chose magnifique et de grand los** (“algo magnífico y digno de alabanza”).

Las ordenanzas relativas a la ordenación jerárquica de la corte son de una exhuberancia rabelesiana, cuando tratan de las comidas y de la cocina. La mesa de Carlos el Temerario con todos sus servidores –**panetiers**,

⁵⁰ *Ibid*, p. 217-218.

⁵¹ CHASTELLAIN, *Oeuvres*, (ed. Kervyn de Lettenhove) ocho volúmenes, Bruselas, 1883-1866, V, p. 364.

⁵² OLIVIER DE LA MARCHE, *Mémoires* (ed. Beaune et d’Arbaumont), cuatro volúmenes, París, 1883-1888, IV, p. CXIV.

⁵³ CHASTELLAIN, *Oeuvres*, cit., V, p. 370.

trinchantes, escanciadores, mestres de cocina, cuyas funciones estaban reguladas con una severidad casi litúrgica, semejaba la representación de un grande y grave espectáculo. La corte entera comía en grupos de diez, en cubículos separados, servidos y atendidos como el señor, todo cuidadosamente ordenado conforme al rango y la clase. La Marche plantea a sus lectores importantes cuestiones de jerarquía y de etiqueta: “Por qué los **panetiers** y los escanciadores ocupan, respectivamente, el primero y segundo rangos, por encima de los trinchantes y de los cocineros? Porque sus cargos se refieren al pan y al vino, cosas santas glorificadas por la dignidad del sacramento⁵⁴. Como se ve, existe una efectiva relación entre la esfera de la fe y la de la etiqueta cortesana. No cabe insistir bastante en que aquel aparato de exquisitas y nobles formas de vida alberga un elemento litúrgico que ha elevado el valor de las mismas a una esfera cuasi religiosa.

Sólo este elemento puede explicar la extraordinaria importancia que, más allá de la última Edad Media se ha concedido siempre a todas las cuestiones de jerarquía y ceremonial. No tiene, pues, nada de extraño que en el antiguo imperio ruso, antes de los Romanov, la lucha por un lugar precedente cabe al trono condujese a la creación de un departamento concreto de la Administración del Estado. Las monarquías occidentales del medievo no llegaron tan lejos, pero también en ellas representa un gran papel la envidia causada por dicha precedencia. Fácil sería amontonar los ejemplos.

En orden a las penas, los hidalgos estaban exentos de sufrir las corporales infamantes, entendiendo por tales no la pena de infamia propiamente dicha, sino aquellas que la doctrina llamaba **corporis afflitiva** (azotes, galeras, vergüenza pública, mutilaciones...), y que por su naturaleza provocaban en el así penado una disminución o pérdida de su pública fama⁵⁵. Tampoco se les podía imponer la pena de muerte en su forma de ejecución tenida por más vil o deshonrosa, que era la de horca. Excluidas estas penas, sólo quedaban como posibles para aplicar a los nobles las pecuniarias, presidios, destierro, la de servir en el ejército real y la muerte en forma no vil. Así las cosas, incluso en el cadalso eran observados rigurosamente los honores debidos al rango y a la clase. Las ejecuciones de los nobles se efectuaban con pompa. El cadalso se cubría con paños negros y se encendían hachas y blandones, el entierro del cadáver se hacía solemnemente⁵⁶. No obstante, y por lo que respecta a España, hubo notables y aún altos personajes que fueron ejecutados e inhumados tan austera y pobremente como

⁵⁴ OLIVIER DE LA MARCHE, *Etat de la maison du duc Charles de Bourgogne* (ed. Matthaeus), en *Analecta* I, p. 357 ss.

⁵⁵ Vid, al respecto, TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta* ² (Madrid, 1992) p. 319 ss.

⁵⁶ El patíbulo del *connétable* de Saint Pol está ricamente adornado con lirios marchitos; el almohadón para orar y el paño para los ojos son de terciopelo carmesí, y el verdugo es un individuo que no ha ejecutado nunca a nadie, privilegio algo dudoso para el condenado. [Cfr. MOLINET, *Chronique*, ed. Buchon (París, 1827-28) 5 vols. I, p. 184)].

los más pobres malhechores⁵⁷. Con todo, lo normal, en la inmensa mayoría de los casos, fue que el noble fuese castigado con destierro y pena pecuniaria o a lo sumo a servir cierto número de campañas en un ejército del rey⁵⁸. COVARRUBIAS, por no citar más que a un autor en una cuestión en la que están todos de acuerdo, resume la opinión de los doctores italianos e indica que la pena corporal no se puede imponer a los nobles, y que atendiendo a la cualidad de las personas es justísimo cambiar para los nobles las penas corporales en pecuniarias o de destierro⁵⁹.

Goethe escribió: “No hay ningún signo externo de cortesía que no tenga una profunda razón de ser moral”. El sentimiento del honor es tan fuerte que una falta contra la etiqueta hiere como una ofensa moral –lo mismo que aún hoy en muchos pueblos orientales- porque echa por los suelos la bella ilusión de una vida propia elevada y pura, ilusión que sucumbe siempre ante la desnuda realidad. Es para Juan Sin Miedo causa de una vergüenza inextinguible el que **Capeluche**, el verdugo de París, que con gran pompa se cruza a caballo con él, le haya saludado como si fuera un simple caballero y haya rozado su mano; solamente la muerte del verdugo puede borrar esta afrenta. En el banquete de gala que se da el día de la coronación de Anjou, reclamando el puesto que le correspondía como **doyen des pairs**. Sus respectivos séquitos intervienen el punto con voces y amenazas con decidir la discusión con violencia, hasta que el rey la acalla accediendo al deseo del borgoñón⁶⁰. Ni siquiera en las graves circunstancias de la guerra se toleran las faltas contra las formas. Está universalmente difundida en el mundo anglosajón la anécdota –magistralmente relatada por Shakespeare en su *Henry the Fifth*- de que la entrega al joven rey Enrique de un juego de pelotas de tenis a guisa de presente por un heraldo del delfín de Francia, motivó el desembarco en territorio francés de un ejército inglés y la estrepitosa derrota de las huestes galas

⁵⁷ Don Álvaro de Luna, ejecutado en Valladolid en 1452, fue decapitado en un mezquino cadalso; su cabeza, colocada en un garabato de hierro, estuvo expuesta nueve días, y su cuerpo enterrado de limosna en un cementerio de ajusticiados. Otra célebre ejecución, cuyo recuerdo ha perdurado durante siglos, fue la de Don Rodrigo Calderón, ajusticiado en 1621, que murió con increíble entereza. Su cadáver desnudo, fue depositado en un miserable ataúd sin cubierta, y con orden de que nadie lo acompañara fue enterrado por unos frailes carmelitas [Cfr. CUELLO CALÓN, *La moderna penología* (Barcelona, 1973) p. 231]. Todavía en el Portugal de Siglo de Las Luces, concretamente en 1758, fueron suplicados y ejecutados los nobles portugueses Marqués de Tavara, sus hijos, su mujer y el Duque de Aveiro, comprometidos en el atentado contra el rey José I [Relación del suplicio recogida de un testigo presencial en GONZÁLEZ NANDÍN, *Estudios sobre la pena de muerte* (Madrid, 1872) p. 72 ss].

⁵⁸ Esta disminución del rigor punitivo con los nobles se observa en multitud de pasajes de los autores, bien en enunciados generales o con referencias a casos muy concretos. Por ejemplo, CASTILLO DE BOVADILLA, *Política para Corregidores y señores de vasallos* II (Amberes, 1750) cap. XIII, núm. 21; ACEVEDO, *Consilia Doctoris... post eius obitum perfecta atque congesta per J. Acevedo, authoris filium* (Valladolid, 1607) XXIX, fol. 183 vto. A 189 vto., núms. 20 y ss. (“nobilitas minuit poenam ordinariam”); ANTONIO GÓMEZ insiste en que si hay que encarcelar a los nobles ha de ser “in loco honesto et separato, secundum qualitatem personam” [Cfr. *Variae resolutiones juris civilis, communis et regii* 3 (Madrid, 1780), cap. 3, núm. 2].

⁵⁹ COVARRUBIAS, *Opera omnia* II (Salamanca, 1758), cap. IX, p. 210-211.

⁶⁰ HUIZINGA, *El Otoño*, cit., p. 63-64, con abundosa literatura medieval al respecto.

en la batalla de Azincourt, una de las más sangrientas de la Guerra de los Cien Años⁶¹. A propósito de este inacabable conflicto bélico, el cronista contemporáneo Froissart nos refiere que un jefe del ejército inglés manda al parlamentario de la asediada Sens que vaya primero a afeitarse⁶².

El 15 de agosto de 1548, a la hora del almuerzo y después de seis meses de ensayo y preparación, fue introducido en la Corte del príncipe Felipe el estilo y uso de la Casa de borgoña; el cambio, no bien recibido por los castellanos ni por las Cortes, había sido ordenado un año antes por el Emperador. Éste, después de su triunfo en Mülhberg de 1547, piensa que ha llegado el momento de presentar a su heredero en los Países Bajos con la **pompa vel ostentationem burgundiorum**, mucho más rica en magnificencia y esplendor que la sobria y austera castellana⁶³. El príncipe Felipe debía pulirse a lo borgoñón para producir inmejorable impresión personal en su recorrido por Flandes. Con ello se reforzó la vigencia del honor caballeresco hasta hacer de los nobles castellanos los europeos más puntillosos y obsesionados por las reglas de distinción personal y precedencia.

Según el ritual impuesto en la corona española por sus ancestros de Borgoña, las etiquetas y ceremonias reguladoras eran estructuralmente necesarias en un grupo de semejantes pero no iguales: diferencias sutiles de forma, estilo, modo, acción, cargo o uniforme debían marcar el rol propio, coeficiente exacto de la especificidad dentro de un espacio común. A ninguno se le puede confundir o amalgamar y, menos que nadie, al rey que todo lo preside desde el puesto culminante de la pirámide jerárquica. Cada uno en su puesto; según su **status** y **situs** en la jerarquía palatina, así es acreedor de una exacta correspondencia de la dignidad, privilegio y poder. Toda la vida de la Corte está regida con precisión desde que se levanta el rey hasta que se acuesta. El detalle protocolar dirige la

⁶¹ “Rey Enrique... decid también a ese príncipe placentero, que su burla ha cambiado sus pelotas en piedras de cañón; y que su alma quedará dolorosamente impresionada por la terrible venganza que volará con ellas; porque su burla burlará a buen número de viudas de sus queridos esposos, o madres de sus hijos, a castillos de sus murallas, y todavía están por engendrar y nacer los que tendrán motivo para maldecir el insulto del delfín”. [SHAKESPEARE, “La vida del Rey Enrique V”, acto I, escena 2ª, en *Obras Completas* 15, trad. esp. Astrana Marín (Madrid, 1967), p. 522].

⁶² Cito por la versión española de FROISSART, *Crónicas*, ed. Cirlot-Ruiz Doménech (Madrid, 1988) p. 121 ss.

⁶³ “El emperador, en un momento cumbre de su política acordó, con el parecer del Duque de Alba ordenar la casa de Felipe al uso de Borgoña”. La cita la tomó de DALMIRO DE LA VÁLGOMA, *Norma y ceremonia de los reinos de la Casa de Austria* (Madrid, 1958) p. 24. *Vid.*, también, PFANDL, “Philipp II und die Einführung der burgundischen Hofzeremoniells in Spanien”, en *Historisches Jahrbuch* 58 (1038). Para LISÓN TOLOSANA, el emperador quizá recordó el humillante ceremonial a que le sometieron en la Seo Zaragozana y la decepcionante impresión que el produjo su llegada a Asturias en 1517, donde desembarcó acompañado de la suntuosa Corte de Borgoña que llenaba cuarenta naves. *La joyeuse entrée* se la dieron unos desarraigados lugareños desconfiados que, temiendo lo peor, salieron a defenderse con palos y cuchillos. El elegante cortejo borgoñón encontró la comida detestable, los alojamientos horribles y las comunicaciones pésimas. En cuanto al trato, etiqueta y ceremonial castellanos les parecieron toscos, poco refinados, excesivamente severos y un tanto incultos, como los nobles con los que trataban que ignoraban el francés y el latín [Cfr. *La imagen del Rey. Monarquía, realeza y poder ritual en la Casa de los Austrias* (Madrid, 1992) p. 115].

vida del monarca y la del último pinche de cocina. La ceremonia protocolaria deviene en necesaria, indispensable, inherente a la nobleza que “la ha hech Dios”; el cortesano –dijo Núñez de Castro en frase feliz⁶⁴– debe saber puntualmente “el Levítico [libro bíblico de ritos] de su Príncipe “porque en lo político es la noticia de estas etiquetas, lo que en lo sagrado la de los Preceptos”. El noble invitado en especial circunstancia comer con el rey sabe que no puede cubrirse, que debe ocupar una esquina de la mesa y que no pude beber hasta que lo haya hecho su señor.

Cabría traer a colación *ad infinitum* la casuística de este multisecular puntillismo protocolario, especialmente exacerbado en España durante los tres siglos de dominación de la dinastía habsbúrgica. Simplemente a título ejemplificativo y, a mayor abundamiento, porque tuvo lugar en el Santiago de 1606 entre el arzobispo D. Maximiliano de Austria y la Real Audiencia de Galicia. Conflicto del que nos hemos ocupado en otras sedes⁶⁵ y que –como en su día indicamos– mucho tuvo que ver con la consolidación de A Coruña como capital de la Galicia del Antiguo Régimen⁶⁶. Convenimos con Martínez-Barbeito que si bien en aquel pleito hubo empecinamiento reaccionario por parte de la Audiencia en defender necias prerrogativas protocolarias, desde el punto de vista de sus alegaciones en pro de conservar el “Auto Gallego” como salvaguarda de los derechos de todos frente a los de algunos, tendía a mejorar la administración de justicia y contradecía el mantenimiento de las situaciones privilegiadas⁶⁷.

B) Luis XIV y los Borbones españoles.

Las ceremonias públicas van a seguir informando de un modo

⁶⁴ NÚÑEZ DE CASTRO, *Libro histórico político, sólo Madrid es corte* (Madrid, cito por la cuarta reimpression, 1698) p. 428-429.

⁶⁵ Cfr., al respecto, RODRÍGUEZ ENNES, *Aproximación a la Historia Jurídica de Galicia* (Santiago de Compostela, 1999) p. 81, nt. 172; ID, *Historia do Dereito de Galicia* (Vigo, 2000) p. 66 ss.

⁶⁶ Los hechos nos son relatados por LÓPEZ FERREIRO en los siguientes términos:

“Bien es verdad que los Oidores, cuando venían a Santiago, aunque no fuera más que de paso, asientan sus tribunales con alguaciles y escribanos y conocen de todas las causas civiles y criminales, en mucha y en poca cantidad, en primera y segunda instancia contra cualesquiera personas (...) sueltan presos y gobiernan la ciudad como jueces ordinarios y advocan en sí las causas que les parece y usan de la jurisdicción como si fuese suya sin hacer caso de las justicias puestas por el Arzobispo. De tal modo se fue agriando y enzarzando la cuestión que el Arzobispo publicó entredicho en tres leguas alrededor de La Coruña y de Santiago, y excomulgó a los Oidores. A su vez la Audiencia puso Juez en la ciudad de Santiago, desterró al Fiscal de Inmunidades y al Alguacil Mayor y embargó bienes del Arzobispo por valor de mil cuatrocientos ducados. Llegadas las cosas a este punto D. Maximiliano juzgó que estaba en el caso de poner en conocimiento del Rey, todo lo que pasaba, y pedirle personalmente que hiciese justicia. Felipe III, dictó una Real Provisión el 5 de febrero de 1607 en la que ordena a las autoridades eclesiásticas el levantamiento de los entredichos y censuras que hubiesen puesto y absuelven a todos los que por estas causas estuviesen excomulgados libremente y sin costa alguna. Asimismo mandó guardar las leyes acerca del Auto Ordinario de la Audiencia”. [Cfr. Historia de la Santa A. M. Iglesia de Santiago de Compostela, IX (Santiago, 1907) p. 18 ss].

⁶⁷ MARTÍNEZ BARBEITO *El “Auto Gallego”, en los tratadistas y en la práctica forense* (A Coruña, 1984) p. 29-30.

peculiar acerca del poder y su imagen durante los siglos finales del Antiguo Régimen. Se trata de festejos que llevan una fuerte carga ejemplificadora y una gran dosis de didactismo, con el fin de proyectar sobre la sociedad un perfil rústico y sin contradicciones del poder y la autoridad. Con el Rey Sol, Luis XIV, introductor de la dinastía borbónica en España, va a alcanzar el cenit de su plasmación el pensamiento maquiavélico de que “el príncipe debe entretener al pueblo en las épocas convenientes, con fiestas y espectáculos (...) teniendo siempre asegurada, no obstante, la magnificencia de su dignidad, porque esto no puede faltar nunca en cosa alguna”⁶⁸. Razón por la cual —el propio Ludovico Magno, como así se intitulaba— se mostró decidido partidario del ceremonial público y cortesano, en el que veía algo más que meros detalles protocolarios; se trataba del reflejo, expresión y defensa de los privilegios que correspondían a las autoridades y sectores sociales implicados⁶⁹. Voltaire, en su excelente *Le Siècle de Louis XIV*⁷⁰ nos refiere que “los reyes de Francia querían preceder, por lo menos, a las demás potencias de Europa. Alegaban en su favor el nombre de “muy cristiano”. Los reyes de España oponían el título de “católico”; y desde que Carlos Quinto tuvo a un rey de Francia prisionero en Madrid, la soberbia española ni remotamente quería ceder ese rango. Estas pretensiones se debatían antiguamente en Roma. Los papas, que daban los estados por una bula, se creían con mayor razón, en el derecho de decidir el rango entre las coronas. Esta corte a lo que todo se le va en ceremonias, eran el tribunal donde se juzgaban esas vanidades de la grandeza.

La disputa entre Francia y España estaba indecisa: un paso de más o de menos en una procesión, un sillón colocado cerca de un altar, o frente al púlpito de un predicador, eran triunfos y establecían títulos para la preexistencia.

El puntillo de honor se extremaba entonces a éste respecto entre las coronas, como el furor de los duelos entre los particulares. Ocurrió —sigue escribiendo el más egregio de los ilustrados— que en 1661 al entrar en Londres un embajador de Suecia, el conde de Estrades, embajador de Francia, y el barón de Vatteville, embajador de España, se disputaron el paso. El español, con más dinero y con séquito más numeroso, se ganó al populacho inglés: primero hizo matar los caballos de las carrozas francesas y luego la gente del conde de Estrades, herida y dispersada, dejó marchar en son de triunfo a los españoles. En 1662, Luis XIV, informado del insulto, llamó a su embajador en Madrid, hizo salir de Francia al de España, anuló las conferencias que se realizaban todavía en Flandes con motivo de los límites, y comunicó a su suegro —y tío— Felipe IV, que si no reconocía la superioridad de la corona de Francia y no reparaba la afrenta con una satisfacción solemne, volvería a empezar la guerra. Felipe IV no quiso hundir a su reino en una

⁶⁸ MAQUIAVELO, *El Príncipe*, ed. Martínez Aragón (Madrid, 1988) p. 95. Más información en SANTAELLA LÓPEZ, *Opinión pública e imagen política en Maquiavelo* (Madrid, 1990).

⁶⁹ LUIS XIV, *Memorias*, cit. por ELÍAS, *La sociedad cortesana* (México, 1982) p. 160.

⁷⁰ Cito por la traducción española de Nélida Orfila (México, 1954) p. 74 ss.

nueva guerra por la precedencia de un embajador, y envió el conde de Fuentes a declarar al rey, en Fontaineblau, en presencia de todos los ministros extranjeros que estaban en Francia, “que los ministros españoles no concurrirán en adelante con los de Francia”. A partir de entonces, Luis XIV adquirió con su firmeza, una superioridad real en Europa e hizo ver cuán terrible era”⁷¹.

Constituía lugar común en el siglo XVIII observar que el fasto tenía una función política. Daba **éclat** al rey. **Éclat** era otra palabra clave de la época, con significados que iban desde el “relámpago” al “trueno”, pero siempre refiriéndose a algo inesperado e impresionante. El fasto se consideraba impresionante, en el sentido literal de que dejaba una “impresión” en los espectadores como un sello en un pedazo de cera. En este sentido, Colbert decía del palacio del Louvre que imprimía respeto en los pueblos del mundo⁷². El propio Luis explicaba al Delfín que los festivales gustaban a los súbditos y daban a los extranjeros “una impresión muy útil de magnificencia, poder, riqueza y grandeza”⁷³. Bossuet usaba palabras análogas cuando en su tratado sobre política, señalaba que la corte de un monarca es “deslumbradora y magnífica” —**éclatante et magnifique**— para que los pueblos lo respeten⁷⁴. Un teórico social como Montesquieu, que se crió en el reinado de Luis XIV, afirmaba algo parecido: “El fasto y esplendor que rodean a los reyes forman parte de su poder”⁷⁵. Resulta tentador ir más lejos y hablar del “Estado espectáculo” el Rey Sol. La frase —aunque de progenie moderna⁷⁶—habría gustado sin duda a los contemporáneos de Luis XIV, que estaban acostumbrados a ver el mundo como un escenario. Luis mismo utilizó la metáfora alguna vez⁷⁷. El Duque de Saint-Simon, quizás el más conspicuo memorialista del reinado, usó constantemente términos como **comédie** y **scène** en sus descripciones de la corte⁷⁸. Más de uno de los sermones pronunciados con ocasión de la muerte del rey se refirieron a su vida como un gran “espectáculo”⁷⁹.

⁷¹ *Ibid.*, p. 75-76.

⁷² “Toute la structure imprime le respect dans l’esprit des peuples” [Cfr. Clément (ed.) *Lettres, instructions et mémoires de Colbert*, 5 vols (París, 1868) tomo 5, p. 246]. La referencia es probablemente a los pueblos de Europa, y no sólo al francés.

⁷³ “Une impresión très avantageuse de magnificence, de puissance, de richesse et de grandeur” [Cfr. Longnon (ed.) *Louis XIV, Mémoires* (París, 1927, reimpr. 1983) p. 22 ss.

⁷⁴ “Pour imprimer aux peuples un certain respect”. [Cfr. BOSSUET, *Oraisons funèbres* (ed. Trousset) (París, 1967), libro 10].

⁷⁵ “Le faste et le splendeur qui environnent les rois font une partie de leur puissance”. [Cfr. MONTESQUIEU, *Oeuvres* (París, 1973) p. 58].

⁷⁶ El concepto de “Estado espectáculo” fue propuesto hace unos veinte años por el antropólogo norteamericano GEERTZ en su influyente estudio sobre el Bali decimonónico Negara: *The Theater State in Nineteenth-Century Bali* (Princeton, 1980).

⁷⁷ La primera vez que vio a la Duquesa de Borgoña —que a la sazón tenía once años— Luis comentó a Madame de Maintenon que cuando le llegara el tiempo de representar su papel en el escenario de la corte, lo haría con gracia y encanto [“Quand il faudra un jour qu’elle représente, elle sera d’un air et d’une grace à charmer”. Cfr. Gaxotte (ed.) *Lettres de Louis XIV* (París, 1930) p. 104].

⁷⁸ SAINT-SIMON, *Mémoires*, (ed. Y. Couriralt) 8 vols. (París, 1983-1988) vol. I p. 714, 781 y 857.

⁷⁹ KERTZER, *Ritual, Politics and Power* (New Haven-Londres, 1988).

El ritual, especialmente, se veía como una especie de drama que tenía que escenificarse para fomentar la obediencia. Un estudioso alemán Lünig, que publicó un análisis general sobre las ceremonias públicas en 1719-1720, lo llamó **Theatrum Ceremoniale** y explicó que este tipo de teatro era necesario porque “entre la gente corriente... las impresiones físicas tienen un efecto mayor que el lenguaje que se dirige al intelecto y la razón”⁸⁰. En las memorias de Luis se sostiene algo parecido⁸¹. Los análisis de la importancia del ritual en la política contemporánea se basan en supuestos análogos. Esta proyección se plasma en la presentación de unos valores que dignifican, ensalzan y engrandecen a la monarquía y al rey en primer lugar, a las autoridades eclesiásticas y a los poderes e instituciones civiles. Esta acción propagandística de las ceremonias públicas se apuntala –sobre todo en épocas turbulentas- con la presentación de aquellos contravalores que ponían en entredicho los fundamentos del sistema político y social; así, frente al Orden se contraponen el Desorden frente a la justicia la Arbitrariedad, frente a la Ortodoxia la Heterodoxia. Claro está que lo que sea cada uno de estos valores y contravalores, depende de quien organice las ceremonias en cada caso.

Las ceremonias muestran junto a la imagen del poder, la de una estructura social. Las pautas por las que se rigen –apreciables en las normas y costumbres ceremoniales y protocolarias- expresan formas específicas de encuadramiento vecinal y de jerarquización institucional. En cierta manera, las ceremonias exteriorizan el modo en que se consideraba que debía organizarse la sociedad y cuáles debían ser los principios de tal organización. Se presentan así como un vehículo para la defensa de una serie de principios de carácter político y social, a los que también habría que añadir otros de perfil religioso e ideológico íntimamente asociados a los anteriores. Los ceremoniales y los protocolos de los desfiles procesionales, de las funciones cívicas y religiosas, no son en absoluto intrascendentes bajo esta perspectiva; obedecen a una graduación y jerarquización de la sociedad y de sus miembros, en conformidad con los criterios de la época⁸².

El modelo de la sociedad cortesana de Luis XIV puede resultar útil para la interpretación de las ceremonias del Antiguo Régimen ya que, con las debidas cautelas, aporta una serie de consideraciones que pueden trasladarse a los comportamientos y actitudes de las instituciones urbanas, de manera que las ceremonias y celebraciones públicas adquieren un sentido y un valor más profundo que la simple formalidad o aparato externo. La atención y el cuidado con que se preparaban las ceremonias y los pleitos que por su causa de suscitaban,

⁸⁰ LÜNIG, *Theatrum Ceremoniale Historicum Politicum*, 2 vols., (Leipzig, 1719-1720).

⁸¹ LONGNON, *Memoires*, cit.

⁸² ROBERTO J. LÓPEZ, *Ceremonia y poder a finales del Antiguo Régimen. Galicia 1700-1833* (Santiago, 1955) p. 14 ss.

deben entenderse con un modelo de autopresentación de las instituciones urbanas que se ejercían algún tipo de poder; una autopresentación en la que la opinión del pueblo y de las demás instituciones desempeñaba un papel determinante, el poder y el prestigio de cada una dependía, no sólo de su capacidad objetiva de decisión, sino del refrendo del resto del cuerpo social⁸³.

C) *La Galicia del Antiguo Régimen.*

Por lo que hace a Galicia, la similitud formal de nuestras ceremonias con las de otros lugares próximos a la Corte, puede servir de argumento para afirmar la progresión del proceso de centralización del poder en el Antiguo Régimen o, lo que es lo mismo, del avance y consolidación del llamado Estado Moderno⁸⁴. No obstante, tal avance se produjo en medio de las tensiones y las paradojas derivadas del mantenimiento de jurisdicciones menores, de privilegios y exenciones que en la práctica hacen del pretendido centralismo, incluso en el siglo XVIII, una referencia más nominal que real. Los roces y los enfrentamientos que se originaron en la organización y desarrollo de las ceremonias públicas son un reflejo de tales paradojas; los diferentes protagonistas no parecen haber tenido ninguna dificultad para aunar esfuerzos y apoyar al monarca, pero no suelen mostrarse dispuestos a renunciar a sus prerrogativas y derechos, y tratarán de utilizar también en provecho propio las celebraciones públicas.

La organización y presencia en las ceremonias públicas son una ocasión que aprovechan las instituciones urbanas para destacarse ante las demás y los que asisten a los actos: “Conventos, parroquias, gremios y colegios, nobleza y cabildo, compiten en alcanzar el mayor lucimiento, con un orgullo corporacional que les enfrenta apasionadamente rompiendo la desidia y dejación cotidiana”; estas luminosas palabras escritas por Mínguez Cornelles a propósito de los festejos valencianos dieciochescos son plenamente trasladables a la Galicia del período⁸⁵.

⁸³ ELÍAS, *La sociedad cortesana*, cit., deben consultarse especialmente los capítulos V (“Etiqueta y ceremonial: conducta y mentalidad de hombres como funciones de la estructura de poder de su sociedad”, p. 107-158) y VI (“La vinculación del rey por la etiqueta y las oportunidades de prestigio” p. 159-196). Un breve comentario de éste y otros trabajos sobre la materia, y de su situación en el contexto historiográfico, puede encontrarse en MOZZARELLI, “Príncipe e Corte. Porqué e cómo estudiar, hoje, a Corte?”, en *Penélope* 9-10 (1993) p. 225-229.

⁸⁴ La bibliografía sobre el Estado Moderno es muy abundante y las diferencias entre los autores a veces abismales. A título únicamente indicativo, citamos los siguientes trabajos. CLAVERO, “Institución política y Derecho: acerca del concepto historiográfico de Estado Moderno”, en *Revista de Estudios Políticos* 19 (1981) p. 43-57; ID., *Tantas personas como estados* (Madrid, 1986); FERNÁNDEZ ALBADALEJO, *Fragmentos de monarquía* (Madrid, 1992); GONZÁLEZ ALONSO, “Del Estado absoluto al Estado constitucional”, en *Manuscripts* 4-5 (1987) p. 81-90.

⁸⁵ MÍNGUEZ CORNELLES, “El festejo valenciano dieciochesco: arquitecturas, esculturas y decorados efímeros”, en *Saitabi* 37 (1987) p. 256.

Esta pugna se refleja en el ámbito universitario⁸⁶ y de un modo bastante claro en el relato de la aclamación de Fernando VII en Lugo, en particular entre los gremios:

*Estas danzas las disponen
de la ciudad quatro gremios
y cada cual procuraba
ser en todos aliños el primero
Con que ya colegirán
yendo cada cual a empeño
que en competencia sería
el lucir primoroso y con excesos⁸⁷*

De la emulación es fácil pasar a la desconfianza y al enfrentamiento. Las causas que desencadenan estos conflictos son muy variadas, pero pueden resumirse en dos: las derivadas de la organización y desarrollo de las ceremonias y las derivadas del protocolo. Tanto en un caso como en otro, se trata de dejar claro el valor, derechos y preeminencias de la institución que se siente afectada ante la que se presume que es la ofensora, bien porque se extralimita en sus atribuciones inadvertidamente, o porque se piensa que actúa así de modo deliberado⁸⁸. Lo que se disputa en estos casos no es sólo una cuestión formal sino, sobre todo, una cuestión de poder y autoridad. Aquí radica la explicación de la gran disputa que en 1674 se entabló entre el Cabildo compostelano y la Real Audiencia, ocasionada

⁸⁶ La rivalidad amistosa parece ser la tónica dominante, por ejemplo, en la presentación y participación de la universidad y los colegios de Fonseca y San Clemente en los festejos por el embarazo de la reina María Luisa de Saboya: “No ha auido comunidad que no alentase el gozo en demostraciones siendo una de ellas la ilustre Universidad, Athenas numerosa de sabios, florido circo de ingenios, girasol tan del gusto de su monarca (...), contribuyendo amante rendidas sus opulencias. Emuláronse los dos Colegios aerópagos ilustres, en donde se crían sus hijos para oráculos. Uno fundación del gran Fonseca, príncipe excelso, que selló nuestros corazones con beneficios, y quien en estatuas de su grandeza, tiene en eterna veneración nuestra memoria. Y el otro edificio sumptuoso de el Ilustrísimo Señor Don Juan de San Clemente Torquemada, entonces vivo prodigio, y aora muerto admiración de las edades” [Cfr. *Gratitud sacra y festiva... en la... ciudad de Santiago por la feliz noticia del preñado de la Reyna nuestra señora D^a María Luisa Gabriela de Saboya* (Santiago, 1707) p. 8-9].

⁸⁷ *Relación de las festivas demostraciones que la... ciudad de Lugo... expresó sus júbilos en la aclamación...de...el señor Don Fernando VII* (Santiago, 1746) p. 3.

⁸⁸ Vale para el caso de explicación que ELÍAS da de la importancia del ceremonial en la sociedad cortesana, aplicando a las instituciones urbanas lo que se dice de los cortesanos. Para éstos, los detalles de la etiqueta “no constituían en absoluto nimiedades, sino identificaciones directas de la existencia social, a saber del lugar que uno ocupaba efectivamente en la jerarquía de la sociedad cortesana. Subir o bajar en esta jerarquía significaba para los cortesanos –tanto como para el comerciante– ganancias o pérdidas en su negocio. Y la irritación de un cortesano ante la amenaza de ruina de su rango y su prestigio no era menor que la del comerciante ante la amenaza de perder su capital, o de un gerente o un funcionario ante la amenaza de perder las oportunidades de hacer carrera” (Cfr. *La sociedad cortesana*, cit., p. 128).

porque los canónigos colocaron una corona en el túmulo levantado en las exequias del Conde de Lemos, Virrey del Perú, la Audiencia interpretó como corona real y, por tanto, fuera de lugar⁸⁹. Otra muestra más de hasta qué extremos de radicalismo podía conducir el descuido de algún nimio detalle lo tenemos en la polémica que a finales de 1703 se entabla entre el Cabildo catedralicio compostelano –siempre ojo avizor en la defensa de su *status* privilegiado- y el Capitán General de Galicia, el Duque de Híjar, con ocasión de su visita a Santiago. El Cabildo envió a unos comisarios para que le saluden en su nombre, y se encontraron con que el Capitán General no salió a recibirles a la puerta, ni les preparó las sillas, tampoco dio el tratamiento requerido y no tuvo la delicadeza de acompañarles hasta la salida cuando se despidieron. Ante lo que el Cabildo consideró un atropello de su dignidad y autoridad y tomó el acuerdo de:

*Que ningún señor capitular so pena de 200 ducados visitase ni cortexase a su S. E., ni al entrar en la yglesia se le sirviese el agua bendita, ni tocaren órganos ni chirimías, ni se le previniese tapete ni almohada, ni se le hiziesen los demás obsequios que se acostumbran a los señores Capitanes Generales y Grandes de España quando entan como particulares en la yglesia, hasta que diese al Cavildo la estimación que siempre ha gozado*⁹⁰.

Ni que decir tiene que las explicaciones y satisfacciones que se exigían fueron puntualmente presentadas. Si esto sucedía en una simple visita protocolaria, no resultará extraño que a lo largo de todo el Antiguo Régimen, las discusiones menudeasen en las ceremonias públicas; las ocasiones y motivos se multiplicaban al multiplicarse los componentes y minucias del protocolo.

⁸⁹ ACS, leg. 357, “1674 Honras por el Conde de Lemos, Virrey del Perú. Autos de la Audiencia de Galicia...”.

⁹⁰ ACS, leg. 359, hoja suelta.

DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DE INFRAÇÃO AMBIENTAL

André Dias Fernandes

Mestre em Direito (UFC). MBA em Poder Judiciário
(FGV-Direito-Rio). Professor da FA7. Juiz Federal no Ceará.
andredias@jfce.jus.br

Sumário: Introdução. 1. Esclarecimentos terminológicos. 2. Dano moral coletivo em matéria ambiental. Conclusão. Referências.

Resumo: Há uma conscientização crescente de que o meio ambiente deve ser protegido da forma mais ampla possível: o aquecimento global, por exemplo, é uma realidade cada vez mais difícil de ser ignorada. Um dos meios mais eficazes para coibir danos ambientais é a condenação judicial por dano moral coletivo. Todavia, embora a existência de dano moral coletivo seja amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência dos tribunais regionais federais, um entendimento mais restritivo do STJ, atualmente predominante naquela Corte, tem negado a própria possibilidade de dano moral coletivo, à consideração de que este seria incompatível com a ideia de dor psíquica, com a indeterminabilidade da vítima e com a indivisibilidade da ofensa e da reparação. Contrariamente, neste artigo sustenta-se a perfeita compatibilidade lógico-jurídica do instituto do dano moral coletivo com a ordem jurídica brasileira em vigor.

Palavras-chave: Dano moral coletivo. Danos ambientais. Direitos transindividuais. Ações coletivas.

INTRODUÇÃO

O meio ambiente está na ordem do dia.

A redução da camada de ozônio, causadora do efeito estufa, o desmatamento da Amazônia, a desertificação, a emissão de poluentes atmosféricos, fluviais e marítimos, a busca de outras matrizes energéticas menos poluentes e outros velhos problemas ambientais foram subitamente levados a sério em razão dos catastróficos prognósticos sobre o aquecimento global.

A CF/88, promulgada há mais de vinte anos, foi pródiga em normas protetivas do meio ambiente.

Todavia, a repentina conscientização mundial acerca da iminência e da extensão dos prováveis efeitos do aquecimento global emprestaram um novo significado ao dever previsto no art. 225 da CF/88: “Art. 225. Todos têm direito

ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.**”

Assim, diante da necessidade cada vez mais premente de proteger e preservar o meio ambiente “para as presentes e futuras gerações”, redescobrem-se e adaptam-se institutos jurídicos em ordem a viabilizá-lo.

Nesse contexto, a figura do *dano moral coletivo* pode desempenhar um papel de grande relevo na defesa do meio ambiente.

Apesar da ampla aceitação doutrinária, há certa resistência na jurisprudência, designadamente no âmbito do STJ, ao reconhecimento da própria existência jurídica do dano moral coletivo, bem como de sua incidência em matéria ambiental.

Cumpre, pois, analisar os fundamentos jurídicos invocados contra a teoria do dano moral coletivo para verificar se são suficientes para obstar o emprego deste eficaz meio de defesa dos bens ambientais.

1 ESCLARECIMENTOS TERMINOLÓGICO

Impende esclarecer, de logo, que a expressão “dano moral coletivo” abrange os direitos coletivos *latu sensu*, ou seja, compreende não apenas os direitos coletivos *stricto sensu*, mas também os direitos **difusos**, de que são exemplo os direitos relativos ao meio ambiente. Com esta significação ampla a locução será utilizada neste texto.

Alguns doutrinadores sustentam ainda que a expressão “dano moral coletivo” compreenderia também quaisquer danos a direitos extrapatrimoniais (direito ao sossego, à saúde etc.), ainda que desprovidos de natureza moral, motivo pelo qual seria mais adequada a locução “dano extrapatrimonial coletivo”.

Conquanto seja desejável, *de lege ferenda*, a criação da figura do “dano extrapatrimonial coletivo”, a nosso visio, *de lege lata*, quando a legislação alude à responsabilização por danos morais coletivos, sua intenção é reportar-se apenas aos prejuízos de ordem moral à coletividade.

2 DANO MORAL COLETIVO EM MATÉRIA AMBIENTAL

Os Tribunais Regionais Federais, de modo geral, admitem a existência de dano moral coletivo, incluídamente em matéria ambiental, havendo várias condenações a esse título¹.

Todavia, no julgamento do REsp 598.281/MG, decidiu o STJ que não há falar em dano moral coletivo, porquanto o dano moral (a) é indissociável dos sentimentos de dor, aflição, angústia psíquica e (b) é incompatível com a indeterminação das vítimas, e com a indivisibilidade da ofensa e da reparação. Confira-se a ementa do aresto em tela:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. **NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO).** RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

(REsp 598281/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 01/06/2006, p. 147)

¹ Eis dois exemplos: “DIREITO AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA TUTELA DO MEIO AMBIENTE. OBRIGAÇÕES DE FAZER, DE NÃO FAZER E DE PAGAR QUANTIA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDOS ART. 3º DA LEI 7.347/85. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA. CONDENAÇÃO PARA RECOMPOR O DANO AMBIENTAL CAUSADO E AO PAGAMENTO DE UMA INDENIZAÇÃO PELOS DANOS ECOLÓGICOS . [...] 3. É possível a condenação cumulativa em obrigação de fazer ou não fazer e de pagar, sobretudo porque, em matéria ambiental, tal cumulação mostra-se ainda mais premente, em virtude do dano moral provocado à coletividade atingida pela devastação ecológica, tendo esse tipo de dano natureza peculiar, sendo de difícil reparação e mensuração, pelo que a condenação em dinheiro, se não consegue corresponder exatamente aos recursos naturais destruídos, no mínimo, desempenha um caráter educativo de intimidação à prática de ações similares. Portanto, a exegese dada pelo juízo é limitativa e não merece prevalecer, sob pena de se deturpar até mesmo o instituto da ação civil pública, que comporta não apenas condenação em prestações pessoais, positivas e negativas (fazer e não fazer), como também de pagar quantia, através de indenização dos danos insuscetíveis de recomposição “in natura”. 4. A natureza do dano ambiental, porque diz respeito a um interesse difuso intangível, exige, além da reparação material - se possível de restituição à situação anterior - a reparação moral coletiva, porque não se atinge uma única esfera jurídica, mas um direito compartilhado transindividualmente por todos os cidadãos. Por isso é que é plenamente possível a condenação em indenização por dano moral coletivo, até porque existe previsão normativa expressa sobre a possibilidade de dano extrapatrimonial em relação a coletividades, consoante se depreende da parte final do artigo 1º da Lei nº 7.347/85. [...]” (TRF5 - Segunda Turma, AC 431925/CE, Desembargador Federal Francisco Barros Dias, DJe 15/09/2009). (Grifou-se)

“PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA. RECOMPOSIÇÃO DO AMBIENTE E DANO MORAL COLETIVO. [...] 2. Comprovado o dano ambiental coletivo: (i) destruição de matações, inclusive com uso de explosivos, e retirada de grande quantidade de areia da praia, para calçamento da propriedade particular; (ii) construção de muro à beira mar; (iii) realização de extenso aterro na área da praia; (iv) bloqueio de acesso do público à praia; e (v) manutenção de aves silvestres em cativeiro -, tudo em área de preservação permanente, inserida, outrossim, na Estação Ecológica de Tamoios, a responsabilidade civil é objetiva (art. 225, § 3º, da CF e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81), cabendo ampla reparação. 3. Deve o poluidor ser condenado, como ensina Guilherme Couto de Castro, simultaneamente na recomposição do ambiente, sob pena cominatória, e também em verba a título punitivo (A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 119-120), também chamada educativa, didática ou por dano moral coletivo, com base no art. 1º da Lei nº 7.347/85, com a redação determinada pelo art. 88 da Lei nº 8.884/94. [...]” (TRF2 – 5ª TURMA ESPECIALIZADA, AC 292486, Desembargador Federal LUIZ PAULO S. ARAUJO FILHO, DJU 07/12/2009). (Grifou-se.)

No seu voto-vencedor, esclareceu ainda o Min. TEORI ZAVASCKI:

O dano ambiental ou ecológico pode, em tese, acarretar também dano moral – como, por exemplo, na hipótese de destruição de árvore plantada por antepassado de determinado indivíduo, para quem a planta teria, por essa razão, grande valor afetivo.

Todavia, a vítima do dano moral é, **necessariamente**, uma **pessoa**. Não parece ser compatível com o dano moral a ideia da “transindividualidade” (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve, **necessariamente**, **dor**, **sentimento**, lesão **psíquica**, afetando “a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” (Clayton Reis, Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 236), “tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado” (Yussef Said Cahali, Dano Moral, 2ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 20, apud Clayton Reis, op. cit., p. 237).

Nesse sentido é a lição de Rui Stoco, em seu Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo: RT, que refuta a assertiva segundo a qual “sempre que houver um prejuízo ambiental objeto de comoção popular, com ofensa ao sentimento coletivo, estará presente o dano moral ambiental” (José Rubens Morato Leite, Dano Ambiental: do individual ao extrapatrimonial, 1ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 300, apud Rui Stoco, op. cit., p. 854):

“No que pertine ao tema central do estudo, o primeiro reparo que se impõe é no sentido de que não existe ‘dano moral ao meio ambiente’. Muito menos ofensa moral aos mares, rios, à Mata Atlântica ou mesmo agressão moral a uma coletividade ou a um grupo de pessoas não identificadas.

A ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um vultus singular e único.

Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma.

[...]

Ressuma claro que o dano moral é personalíssimo e somente visualiza a pessoa, enquanto detentora de características e atributos próprios e invioláveis.

Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa, incapazes, por isso, de subsistir sozinhos. Seu patrimônio ideal é marcadamente individual, e seu campo de incidência, o mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo.

[...]

De modo que, não sendo possível a recomposição imediata do dano causado ao meio ambiente, a condenação ao pagamento de multa e de um valor que seja suficiente para aquela futura restauração não exsurge como objetivo principal, mas apenas meio para alcançar a meta estabelecida pela Constituição da República.

[...]

Do que se conclui mostrar-se impróprio, tanto no plano fático como sob o aspecto lógico-jurídico, falar em dano moral ao ambiente, sendo insustentável a tese de que a degradação do meio ambiente por ação do homem conduza, através da mesma ação judicial, à obrigação de reconstituí-lo, e, ainda, de recompor o dano moral hipoteticamente suportado por um número indeterminado de pessoas.” (pp. 855-857)

Sucedem os fundamentos invocados para negar a possibilidade lógico-jurídica do dano moral coletivo em matéria ambiental não são sólidos.

Quanto ao primeiro argumento, é mister enfatizar que o dano moral não é indissociável dos sentimentos de dor, aflição, angústia psíquica, tanto que o próprio STJ editou a súmula no 227², em que reconheceu, taxativamente, a possibilidade de pessoa jurídica fazer jus à percepção de indenização por dano moral, tendo em vista que as empresas, embora não possuam elas mesmas sentimentos de dor, aflição, humilhação, constrangimento, possuem uma “honra objetiva” (bom nome, reputação, conceito perante a sociedade etc.) merecedora de proteção jurídica.

Por sua vez, os arts. 52 e 186 do CC/2002 dispõem:

Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral**, comete ato ilícito.

No tocante ao segundo argumento, não há incompatibilidade lógico-jurídica entre o dano moral e a indeterminação das vítimas, nem com a indivisibilidade da ofensa e da reparação.

De feito, esse problema é resolvido pelo art. 13 da Lei da ação civil pública (Lei 7.347/85), o qual determina que as condenações em dinheiro no bojo de ações civis públicas, incluídas as de natureza ambiental, sejam destinadas a um fundo, cujos recursos serão destinados à reconstituição dos bens lesados:

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado **reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais** de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, **sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.**”

² Súmula 227 do STJ: “A pessoa JURÍDICA pode sofrer dano moral.”

Tal Fundo encontra-se regulamentado, no plano federal, pelo Decreto no 1.306/94. As condenações em dinheiro nas ações civis públicas ambientais devem reverter para esse Fundo³, mesmo após a criação do Fundo Nacional do Meio Ambiente, cujos recursos advêm de outras fontes⁴.

Destarte, se o valor da indenização pelo dano moral coletivo não será pago a pessoas específicas, mas destinado a um Fundo, não há por que exigir que as vítimas do dano moral coletivo sejam precisamente **determinadas**.

De seu turno, no que concerne aos direitos individuais homogêneos, os arts. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁵ preveem que a

³ Prescreve o Decreto no 1.306/94: “Art. 1º O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados **AO MEIO AMBIENTE**, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

Art. 2º Constituem recursos do FDD, o produto da arrecadação:

I - das condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; [...]

III - dos valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto de indenização prevista no art. 100, parágrafo único, da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; [...]

V - das multas referidas no art. 84, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

VI - dos rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo;

VII - de outras receitas que vierem a ser destinadas ao Fundo;

VIII - de doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras.”

⁴ Dispõe a Lei 7.797/89: “Art. 1º Fica instituído o Fundo Nacional do Meio Ambiente, com o objetivo de desenvolver os projetos que visem ao uso racional e sustentável de recursos naturais, incluindo a manutenção, melhoria ou recuperação da qualidade ambiental no sentido de elevar a qualidade de vida da população brasileira.

Art. 2º Constituirão recursos do Fundo Nacional do Meio Ambiente de que trata o art. 1º desta Lei:

I - dotações orçamentárias da União;

II - recursos resultantes de doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis, que venha a receber de pessoas físicas e jurídicas;

III - rendimentos de qualquer natureza, que venha a auferir como remuneração decorrente de aplicações do seu patrimônio;

IV - outros, destinados por lei.”

⁵ “Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) [...]

Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Art. 95. **Em caso de procedência do pedido, a CONDENAÇÃO SERÁ GENÉRICA, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.**

Art. 96. (Vetado).

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções. (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) – (Cont. pág. 65)

condenação fixada na sentença da ação civil pública pode ser genérica, em ordem a possibilitar a sua ulterior liquidação e execução por consumidores, em caráter individual, e, em caso de inércia destes por prazo superior a um ano, possibilitar sua execução pelas entidades previstas no art. 82 do CDC, hipótese em que o valor da condenação também reverterá para o fundo a que alude o art. 13 da Lei 7.347/85 (LACP). Tais normas inspiram-se no sistema de *fluid recovery* (“reparação fluida”) do direito norte-americano.

ADA PELEGRINI (2001, p. 822-823) explana:

As ações coletivas que têm por objeto a reparação dos danos causados a pessoas **indeterminadas** podem carrear consigo algumas dificuldades. É o que tem demonstrado a experiência norte-americana, quando a sentença condena o réu a ressarcir o dano causado a centenas ou milhares de membros da class, surgindo então problemas de identificação das referidas pessoas; de distribuição entre elas da arrecadação; do uso do eventual resíduo não reclamado pelos membros da coletividade.

A jurisprudência norte-americana criou então o remédio da *fluid recovery* (uma reparação fluida), a ser eventualmente utilizado para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade: **por exemplo, para fins gerais de tutela dos consumidores OU DO AMBIENTE.**

[...] No sistema criado pelo Código, o bem jurídico objeto de tutela **ainda é indivisível e a condenação é genérica**, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu e a reparar os danos causados. Estes serão apurados e quantificados em liquidação de sentença, movida por cada uma das vítimas para a posterior execução e recebimento da importância correspondente à sua reparação.

Portanto, o argumento de que o dano moral é, por natureza, incompatível com a indeterminabilidade das vítimas, e com a indivisibilidade da ofensa e da reparação, não resiste a uma análise da própria legislação que rege a matéria.

§ 1º A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado.

§ 2º É competente para a execução o juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

Art. 99. Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Art. 100. **Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.**

Parágrafo único. **O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.”**

De mais a mais, este argumento, em última análise, conflita com o primeiro. Com efeito, o primeiro argumento parte da premissa de que a **coletividade não é uma pessoa física**, sendo, portanto, incapaz de sofrer abalo psíquico ensejador de dano moral. Já o segundo argumento parte de premissa diversa: de que os sujeitos passivos (= vítimas) do dano moral seriam **pessoas indeterminadas e indetermináveis**, sendo, por conseguinte, indivisíveis a ofensa e a reparação. Assim, conforme o segundo argumento, a vítima do dano moral não seria a **coletividade** (como se supõe no primeiro argumento), mas as **pessoas físicas (indetermináveis)** que a compõem.

Como a “coletividade” **não** ostenta **personalidade jurídica** distinta de seus membros (à diferença do que ocorre com as empresas em relação aos seus sócios), qualquer ofensa moral que lhe seja infligida será infligida a cada qual de seus componentes⁶. Assim, uma ofensa irrogada a um grupo religioso será uma ofensa sentida por cada qual de seus integrantes, e não apenas pelo “grupo” enquanto tal⁷.

Releva observar que o art. 1º da Lei 7.347/85 foi alterado pela Lei 8.884/94 justamente para prever expressamente a viabilidade de condenação em danos **morais** em ações civis públicas, inclusivamente as ambientais. A *intentio legis* parece clara: possibilitar condenação por dano moral **coletivo**.

Uma vez que as condenações em dinheiro em ações civis públicas devem reverter para o Fundo previsto no art. 13 da LACP (Lei 7.347/85), não é razoável supor que *intentio legis* tenha sido possibilitar uma desnecessária condenação por danos morais **individuais** em sede de ação civil pública (**coletiva**), por meio de restritos legitimados, quando já havia a possibilidade de ajuizamento de ações **individuais** de ressarcimento de dano moral (**individual**), **cujo valor seria pago diretamente ao ofendido autor da ação**, e não ao Fundo mencionado no art. 13 da LACP. Confira-se a redação do referido art. 1º:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, **as ações de responsabilidade POR DANOS MORAIS e patrimoniais** causados: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

I - **ao meio-ambiente**⁸;

II - ao consumidor;

III – à ordem urbanística; (Incluído pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001) (Vide Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (Renumerado do Inciso III, pela Lei nº 10.257, de 10.7.2001)

⁶ Mas o inverso não é verdade: nem toda ofensa sentida por um membro de um grupo (ofensa individual) atinge o grupo todo.

⁷ Questão diversa é saber se é possível cumular condenação por danos morais coletivos com condenação por danos morais individuais. Édis Milaré (2005, p. 177-179) defende que é possível, estremando as duas espécies de dano: “(i) o dano ambiental coletivo ou o dano ambiental propriamente dito, causado ao meio ambiente globalmente considerado, em sua concepção difusa, como patrimônio coletivo; e (ii) o dano ambiental individual, que atinge pessoas, individualmente consideradas, através de sua integridade moral e/ou de seu patrimônio material particular.”

⁸ Eis a redação original do art. 1º da LACP, antes da alteração promovida pela Lei nº 8.884/94: “Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de **responsabilidade por danos causados: I - ao meio-ambiente; [...]**”

V - por infração da ordem econômica e da economia popular; (Redação dada pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

VI - à ordem urbanística. (Redação dada pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. (Incluído pela Medida provisória nº 2.180-35, de 2001)

De qualquer sorte, há sinalização de que a jurisprudência do STJ ainda não está solidificada no sentido do julgamento do REsp 598.281. De fato, neste mesmo REsp 598.281 (1ª Turma do STJ) houve notáveis votos vencidos, como do Min. José Delgado e do Min. Luiz Fux (relator originário), sendo de ressaltar ainda o voto da Min. Denise Arruda, segundo o qual é possível a condenação em danos morais coletivos, desde que haja “evidência de violação do sentimento coletivo da comunidade local”, que não reputou verificada na espécie⁹.

Ademais, no julgamento do REsp 636.021/RJ pela 3ª Turma do STJ, a Min. Nancy Andrighi, em erudito voto vencido, discordou expressamente dos fundamentos adotados no REsp 598.281/MG. Todavia, a matéria de fundo não chegou a ser julgada por razões de ordem processual¹⁰, razão pela qual ainda não há entendimento firmado pela 3ª Turma do STJ.

⁹ Todavia, ao menos por ora, no âmbito da 1ª Turma do STJ tem prevalecido o entendimento sufragado no REsp 598.281, porquanto este precedente foi invocado no julgamento do REsp 971.844/RS, também da Relatoria do Min. Teori Zavascki, cuja ementa é a seguinte: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TELEFONIA. POSTOS DE ATENDIMENTO. INSTALAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO CONTRATO DE CONCESSÃO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. FUNDAMENTOS INATACADOS. SÚMULA 283/STF. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. **DANO MORAL COLETIVO. EXISTÊNCIA NEGADA. SÚMULA 07/STJ. ACÓRDÃO COMPATÍVEL COM PRECEDENTES DA 1ª TURMA. RESP 598.281/MG, MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI. DJ DE 01.06.2006**; RESP 821891, MIN. LUIZ FUX, DJ DE 12/05/08. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, DESPROVIDO.” (REsp 971.844/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 12/02/2010)

¹⁰ Eis o teor da ementa: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA - AJUIZAMENTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - REPRIS DE NOVELA EM HORÁRIO VESPERTINO - ALEGAÇÃO DE NÃO SUPRESSÃO SUFICIENTE DE CENAS DE SEXO E VIOLÊNCIA - REJEIÇÃO DE REQUERIMENTO DE REALIZAÇÃO DE PROVA SOB O FUNDAMENTO DE QUE MATÉRIA PREJUDICADA - INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL - ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - RECURSO ESPECIAL PROVIDO - ANULAÇÃO DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

Acolhida a alegação de que não apreciada pelos Embargos de Declaração a alegação de que havia necessidade de realização de prova pericial nos termos em que requerida, anula-se o Acórdão dos Embargos de Declaração, para que outro Acórdão seja proferido pelo Tribunal de Origem, permanecendo as demais matérias preliminares e de fundo por ora sem julgamento - Prevalência dos votos dos Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS E ARI PARGENDLER, nos termos do voto deste último, seguido pelo voto do Min. SIDNEI BENETI, vencida a Min. NANCY ANDRIGHI, que não conhecia do Recurso Especial. Recurso especial provido.” (REsp 636.021/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/10/2008, DJe 06/03/2009.)

Por fim, impende afastar a ideia de que a condenação por dano moral coletivo corresponderia à aplicação de uma “multa (sanção) sem previsão legal”¹¹. Com efeito, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que a condenação por dano moral individual possui dúplici natureza: ressarcitória (indenizatória propriamente dita) + pedagógico-punitiva (visante a desestimular o ofensor a reincidir na conduta danosa). Na condenação por dano moral coletivo, dá-se o mesmo, conquanto se verifique que o caráter punitivo-pedagógico assume maior relevo que o ressarcitório¹².

Ademais, o valor das condenações por dano moral individual não costuma, via de regra, ser previsto em lei, competindo ao julgador fixar o montante da condenação em patamar razoável e proporcional, de modo que a condenação não seja tão ínfima a ponto de desestimular a reiteração da conduta, nem tão elevada a pique de gerar enriquecimento indevido para o ofendido. Portanto, basta a previsão constitucional de que o dano moral seja indenizado para que seja possível condenação judicial por dano moral individual.

Identicamente, na hipótese de dano moral coletivo, não há por que exigir que o seu montante seja previamente fixado em lei, cabendo ao julgador fixá-lo atendendo às peculiaridades do caso concreto, observando os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. Destarte, basta a previsão constitucional e legal (Lei 7.347/85, art. 1º) de que o dano moral seja indenizado para possibilitar condenação judicial por dano moral coletivo.

¹¹ Argumento defendido pelo eminente Min. Humberto Gomes de Barros no julgamento do REsp 636.021/RJ.

¹² De fato, a condenação por dano moral coletivo revela-se mais necessária naqueles casos em que os membros do grupo não se animariam a propor ações individuais de indenização por dano moral (seja pelo reduzido valor médio dessas condenações, seja pelo gigantismo do ofensor e da hipossuficiência dos ofendidos, seja por qualquer outro motivo), mas a ofensa moral à coletividade é bastante considerável. Nesse sentido: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRELIMINAR - CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTAMENTO. FECHAMENTO DOS POSTOS DE ATENDIMENTO PESSOAL. SUBSTITUIÇÃO PELO SERVIÇO DE ‘CALL CENTER’. ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO. OBRIGATORIEDADE DA MANUTENÇÃO DE LOJAS. DELIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO. DIREITO DE INFORMAÇÃO DO USUÁRIO. ART. 7º, LEI Nº 8.987/95 E ART. 3º, LEI Nº 9.472/97. DANOS MORAIS COLETIVOS. – [...] A ocorrência de danos morais coletivos é matéria relativamente nova na jurisprudência. Doutrinariamente, o dano moral é conceituado como o prejuízo de caráter intrínseco ao íntimo do ofendido, isto é, ligado à esfera da personalidade. A coletividade, por óbvio, é desprovida desse conteúdo próprio da personalidade. Entretanto, não pode permanecer desamparada diante de atos que atentam aos princípios éticos da sociedade. - Costuma-se dizer que o dano moral tem dupla função: reparar o dano sofrido pela vítima e punir o ofensor. **O denominado “dano moral coletivo” busca, justamente, valorar a segunda vertente, mas sob um prisma diferente. Mais do que punir o ofensor, confere um caráter de exemplaridade para a sociedade, de acordo com a importância que o princípio da moralidade administrativa adotou hodiernamente. - Dessa forma, o dano moral coletivo tem lugar nas hipóteses onde exista um ato ilícito que, tomado individualmente, tem pouca relevância para cada pessoa; mas, frente à coletividade, assume proporções que afrontam o senso comum. [...]**” (TRF 4 – 3ª Turma, AC 200270020031645, Rel.: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, DJ 27/09/2006). Na mesma linha: AC 200371010019370, Rel.: VÂNIA HACK DE ALMEIDA, DJ 30/08/2006.

CONCLUSÕES

1. O dano moral não é indissociável dos sentimentos de dor, aflição, angústia psíquica, tanto que o próprio STJ editou a súmula no 227, em que reconheceu, taxativamente, a possibilidade de pessoa jurídica fazer jus à percepção de indenização por dano moral, tendo em vista que as empresas, embora não possuam elas mesmas sentimentos de dor, aflição, humilhação, constrangimento, possuem uma “honra objetiva” (bom nome, reputação, conceito perante a sociedade etc.) merecedora de proteção jurídica.

2. Não há incompatibilidade lógico-jurídica entre o dano moral e a indeterminação das vítimas, nem com a indivisibilidade da ofensa e da reparação. De fato, esse problema é resolvido pelo art. 13 da Lei da ação civil pública (Lei 7.347/85), o qual determina que as condenações em dinheiro no bojo de ações civis públicas, incluídas as de natureza ambiental, sejam destinadas a um fundo, cujos recursos serão destinados à reconstituição dos bens lesados.

Dessarte, se o valor da indenização pelo dano moral coletivo não será pago a pessoas específicas, mas destinado a um Fundo, não há por que exigir que as vítimas do dano moral coletivo sejam precisamente **determinadas**.

3. O art. 1º da Lei 7.347/85 foi alterado pela Lei no 8.884/94 justamente para prever expressamente a viabilidade de condenação em danos morais em ações civis públicas, inclusivamente as ambientais. A intenção legis parece clara: possibilitar condenação por dano moral **coletivo**.

4. A possibilidade de condenação por dano moral coletivo em ação civil pública, especialmente em matéria ambiental, representa uma inegável conquista da cidadania e um dos meios mais eficazes para prevenir danos ambientais. Espera-se, pois, que o STJ, que se tem revelado um verdadeiro “Tribunal da Cidadania”, assegure o seu cumprimento.

REFERÊNCIAS

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: RT, 2005.

COLLECTIVE MORAL DAMAGES DUE TO ENVIRONMENTAL VIOLATION

Abstract: *There is a growing perception that the environment must be as protected as possible: the global warming, for instance, is a*

reality increasingly harder to ignore. One of the most effective means to prevent environmental damages is the judicial condemnation for collective moral damage. Nevertheless, even though the existence of collective moral damage may be undisputedly accepted by doctrine and by Brazilian federal courts, a more restrictive understanding of the Superior Tribunal of Justice (STJ), currently prevalent, denies the very possibility of collective moral damage, under the argument that such concept is incompatible with the idea of psychological pain, with the indetermination of the victim and with the indivisibility of the offense and reparation. On the contrary, in this article it is sustained the perfect consistency of the collective moral damage with the Brazilian legal system.

Keywords: *Collective moral damage. Environmental damages. Transindividual rights. Collective actions.*

Data de recebimento: **set/2010** – Data de aprovação: **nov/2010**

DISPOSIÇÕES SOBRE A EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010 – NOVA LEI DO DIVÓRCIO

Andréa Maria Sobreira Karam

Aluna do curso de Especialização em Direito Processual da FA7,
orientada pela professora Isabel Cecília de Oliveira (FA7)
andreakaram@uol.com.br.

Sumário: Introdução. 1. Direito comparado. 2. O fim do estado de separado. 3. O antes e o depois da Emenda Constitucional 66/2010. 4. Resistência ao desaparecimento da separação judicial. Considerações finais. Referências.

Resumo: Este documento apresenta disposições sobre a Emenda Constitucional 66/2010 - Nova Lei do Divórcio, com o objetivo de esclarecer como era e como ficou o sistema jurídico brasileiro com relação ao tema em questão, às benesses e aos malefícios da mesma. Em absoluto me proponho a esgotar ou dirimir as polêmicas que norteiam tal assunto. Porém, utilizarei todos os recursos (textos, leis, direito comparado, entrevista com juristas, opiniões de importantes operadores do direito, jurisprudência, entre outros) para buscar uma maior compreensão desse ponto divergente.

Palavras-chave: Emenda Constitucional; Nova Lei do Divórcio; Sistema jurídico brasileiro.

INTRODUÇÃO

Costuma-se negar a origem divina do casamento, mas este indubitavelmente foi celebrado a primeira vez por Deus entre Adão e Eva. Criado por Ele, o casamento sempre foi precipuamente um ato religioso. “*E disse o Senhor Deus: Não é bom que o homem esteja só; far-lhe-ei uma adjutora que esteja como diante dele*” (*Bíblia Sagrada, 2000, p.35*). Contudo, recentemente se desvencilhou da Igreja para tornar-se um ato civil. No Brasil isso ocorreu em 1889 com a separação entre Estado e Igreja.

Por ter perdido o seu caráter religioso ao longo da história, passa aos dias atuais como um contrato de direito de família, em suma, um negócio jurídico, emanando da vontade das partes, tornando-se o nascedouro da indissolubilidade, comentada primariamente no começo do século XVIII (1804) pelo legislador francês, sob o fulcro que o casamento como mero contrato um simples distrato o dissolveria.

A Igreja Católica Romana até hoje proíbe o divórcio, bem como as igrejas evangélicas, mas não tomaremos isso por discussão profunda, visto que não estamos diante de uma mera questão jurídica, todavia da concepção que cada um tem de mundo.

Isso decorre do fato de que a primeira instituição estabelecida pela religião doméstica (assim chamada, pois a família era mais uma associação religiosa que uma natural, o que unia os membros da família antiga era algo bem mais poderoso que o nascimento, o sentimento ou a força física, esse poder encontrava-se na religião do lar e dos antepassados) tenha sido o casamento. Veja, a mulher só será de fato levada em conta quando a cerimônia sagrada do casamento a tiver iniciado no culto, indubitável é a presença do religare dentro do casamento.

O matrimônio era, pois, para a moça, um ato de muita gravidade, e não menos o era para o esposo; esta religião exigia que aquele tivesse nascido junto do fogo sagrado para se ter o direito de sacrificar a ele. Não muito diferente de hoje, só que com outra roupagem, o rapaz introduziria uma estranha em seu lar e juntamente com ela, desempenharia as misteriosas cerimônias de seu culto, revelando-lhe os ritos e fórmulas, seu patrimônio de família, hodiernamente se introduz estranhos no seio familiar com cláusula expressa da divisão do patrimônio monetário. Diferentemente dos dias atuais o casamento não tinha lugar no templo, mas em casa, sendo o deus doméstico quem presidia ao ato.

Discorrido um pouquinho sobre o casamento e seu liame inegável com a religião, a pergunta que paira é: de onde vem a “cláusula pétrea” de que as famílias deveriam ser para sempre, portanto o matrimônio também? Primeiramente há de se esclarecer os conceitos diferenciados entre essas duas instituições: família – conjunto de todos os parentes de uma pessoa; 2. Descendência; 3. Raça; enquanto que o casamento é a união legítima entre homem e mulher; 2. Ato de casar; 3. *Fig.* Harmonia. Não é porque ocorre a dissolução do matrimônio que se desfaz a família. Bem, na mais longínqua antiguidade os mortos precisariam que sua descendência nunca se extinguisse, no túmulo onde continuavam a vida, os mortos não tinham outra razão de inquietação que não receio de vir a romper-se a sua cadeia de descendência. Seu único interesse e ideia permanente era que houvesse sempre um homem de seu sangue para lhes levar oferendas ao túmulo, ou seja, a refeição fúnebre, para que se perfizesse a sua plena felicidade.

Esclarecidas as peculiaridades necessárias para entender quão ignóbil era o divórcio, faça saber que *o tratado Das Leis de Cícero, que reproduzia quase sempre sob o prisma filosófico as antigas leis de Roma, proibia o celibato, e em Esparta, a legislação de Licurgo punia com pena severa aquele que não se casasse.* (Coulanges, 2002, p. 54). O casamento tinha, pois, caráter obrigatório, aquele que perpetuaria a religião doméstica deveria ser fruto do casamento reli-

gioso, portanto uma vez que o matrimônio era um contrato apenas para perpetuar a família, entre dois seres afinizados a fim de partilhar as agruras e felicidades, com intuito de nascer uma terceira pessoa para perpetuar o culto, nada mais justo que pudesse ser anulado no caso de esterilidade da mulher. O divórcio, para esse caso, foi sempre, entre os antigos, um direito; é mesmo que tenha sido até uma obrigação. Na Índia, a religião “prescrevia para a mulher estéril que fosse substituída ao fim de oito anos”, (*Coulanges, 2002, página 56*).

A religião dizia que a família não podia extinguir-se, essa regra era absoluta, porém o matrimônio por esterilidade da mulher ou do homem (sim, pois essa exceção não era menos imperiosa, para o esposo) esculpia indolente exceção acerca de dissolução da família, que naquela época confundia-se com o casamento. Verdade é que hoje a tendência em admitir-se a dissolução do matrimônio vem se perfazendo, e apesar dos esforços em se manter as pessoas dentro deste o legislador sucumbiu aos princípios da liberdade e autonomia da vontade, um avanço salutar, com a nova redação do parágrafo 6º, do Artigo 226 da nossa Carta Magna, o processo do divórcio torna-se mais célere e eficiente, pondo fim aos prazos para o casamento acabar, extirpando o estado civil de separado.

1 DIREITO COMPARADO

A isonomia do Direito não é observada nos diversos ordenamentos jurídicos existentes, então se faz necessário entendermos as diferenças e semelhanças que norteiam alguns desses complexos do Direito, quando confrontados com o sistema jurídico brasileiro.

Antes de analisarmos como se dá o matrimônio em diversas culturas, a título de curiosidade é bom que se fale principalmente se for de nações das quais descendemos.

O casamento na Grécia Antiga geralmente era monogâmico, constituindo-se de assunto de foro privado, sem intervenção da polis, os escritos históricos mais abundantes referem-se à polis de Atenas, diga-se não existia ali idade mínima legal para casar-se, as mulheres casavam-se entre 14 e 18 anos, e os homens por volta dos 30 anos, ocorria entre primos, parentes ou meio-irmãos geralmente, a poligamia era proibida e considerada bárbara.

O casamento era antecedido pelo noivado (*enguesis*), e ocorria sempre através de negociação entre o tutor da moça, normalmente seu pai, e o noivo, que poderia participar desse verdadeiro negócio jurídico de obrigações correlatas, vários anos antes do casório. Deve ser daí que advém o costume contemporâneo de noivar longamente até casar-se de fato. Na véspera da cerimônia as famílias ofereciam sacrifícios aos deuses Hera e Zeus (deuses do casamento),

Ártemis (deusa da virgindade) e Ilítia (deusa protetora dos partos), a noiva oferecia seus brinquedos à deusa Ártemis, simbolizando o fim de sua infância, os noivos participavam de um ritual, que consistia em um banho purificador das águas da fonte Calíroe, transportadas em vasos especiais (os lutróforos) por mulheres em cortejo. No dia do casamento a casa dos noivos era adornada com ramos de loureiro e oliveiras, o tutor da noiva oferecia um banquete, esta coberta por um véu, os participantes da cerimônia comiam bolos de sésamo a favor da fecundidade e trocavam presentes.

À noite, a jovem era conduzida à sua nova casa, acompanhada de parentes e amigos, por um carro puxado por bois e mulas e todos entoavam o himneu, o cântico do matrimônio. Na nova casa estavam os pais do noivo prontos para receber a noiva, a mãe segurava uma tocha em uma das mãos e o pai uma coroa de mirto. À noiva dava-se um bolo de sésamo e mel ou uma tâmara, atiravam-se sobre ela, mais especificamente em sua cabeça, figos secos e nozes enquanto ela levada até o fogo sagrado pela mãe do futuro esposo, o momento de penetrar ao quarto (thalamos,) para que fosse consumada a união, à porta deste jovens de ambos os sexos cantavam o epitalâmio, no dia seguinte tinham lugares novos banquetes e sacrifícios. Em Atenas, vale lembrar que somente o adultério feminino era punido, o masculino apenas quando se dava com a esposa de outrem, isso porque o adultério feminino era uma afronta à autoridade do marido. O divórcio consistia no simples repúdio do marido pela mulher. (Coulanges, 2002, páginas 46-49).

O casamento na Roma antiga tinha por principal objetivo a geração de filhos legítimos que herdariam a propriedade e o estatuto dos pais. Para que um casamento fosse válido na Roma Antiga (*iustae nuptiae*) era necessário que se respeitassem os seguintes critérios: a capacidade jurídica matrimonial - recebia o nome de *conubium* e dela só gozavam os cidadãos romanos, portanto os escravos, atores e os que trabalhavam na prostituição estavam impedidos de casar.

Também se verifica tal impedimento à capacidade entre pais e filhos, mesmo se esses fossem por adoção e entre irmãos, mesmos meio-irmãos, também não se permitia o casamento entre um homem com sua filha, ou a filha de seu irmão, o que foi alterado pelo Senado para permitir o casamento do imperador Cláudio com a sua sobrinha Agripina, a idade – essa era legal quando o cônjuge feminino chegasse à puberdade entre 14 e 18 anos e o homem por volta dos 30, mesmo não sendo proibitivo que se casasse antes era raro um jovem do sexo masculino casar-se antes dessa idade, era quase sagrada e o consentimento – requerido pelos nubentes e *pater familias*.

A celebração do noivado era feita através de uma cerimônia (*sponsalia*) na qual se reuniam as duas famílias, o noivo oferecia presentes à noiva, entre os quais um anel de ferro (mais tarde, de ouro), que seria colocado no anelar da mão esquerda, assinava-se também o contrato nupcial, no qual se estabelecia o

montante do dote (*dos*). Concluídas essas formalidades, tinha lugar um banquete. O casamento ocorreria em um período compreendido entre alguns meses a dois anos depois. Existiam duas formas jurídicas de casamento, o *cum manum* (ou *in manum*), onde a mulher passava da autoridade do seu pai para a do marido. Era uma forma de casamento autocrática, dado que a mulher não tinha qualquer tipo de direitos sobre os seus bens nem mesmo sobre a sua própria vida. A sua situação era semelhante a dos filhos sujeitos à *patria potestas* ou a dos escravos sujeitos à *domenica potestas*, caindo em desuso antes do fim da República, dando formalização ao *sine manum*, na qual a mulher permanecia sob a tutela do seu pai (ou tutor, caso o pai tivesse falecido), podendo dispor dos seus bens e receber heranças; em caso de divórcio, o dote não ficaria por completo para o marido.

O casamento *cum manum* manifestava-se através de três formas: a *confarreati* - forma mais antiga e solene de casamento na Roma Antiga, tendo sido praticado pelos patrícios ao longo dos tempos, prática obrigatória entre o *rex sacrorum*, o *flamen Dialis*, o *flamen Martialis* e o *flamen Quirinalis*; para além de só poderem casar por esta forma, estes sacerdotes tinham que ser filhos de pessoas casadas pela *confarreatio*, a *coemptio* - consistente em uma reconstituição simbólica em que os homens compravam mulheres para poderem casar, retrógrado e o *usus* - quando uma mulher tivesse coabitado de forma ininterrupta por um ano com um homem, contudo se esta tivesse passado três noites fora de casa (*tricnotio*), continuaria solteira e sob a tutela do pai, percebe-se que esse instituto assemelha-se genericamente ao que hoje chamamos de união estável.

Devido à sua importância na vida de homens e mulheres, o casamento deveria ser realizado em datas consideradas como favoráveis. O período tido como mais propício era a segunda metade do mês de junho, porque estava relacionado com o solstício de verão, momento de apogeu do mundo natural. Embora não fosse proibido, não era conveniente casar nos dias das festas romanas, porque os convidados optariam por participar desses eventos e não compareceriam à cerimônia. As viúvas escolhiam muitas vezes casar nesses dias, uma vez que não chamariam tanto a atenção para a nova união. Na véspera do dia de casamento, a noiva consagrava os seus brinquedos de infância aos lares, rito semelhante ao do casamento grego, assim como a sua *bullā* (um colar que lhe tinha sido colocado no seu oitavo dia de vida para protegê-la do mau-olhado). Abandonava o uso da *toga praetexta*, uma toga com uma borda púrpura, e colocava a “túnica correctā”, que era branca e se estendia até aos pés, na cintura colocava um cinto atado com um nó especial para a ocasião, o *nodus herculeus* (em alusão a Hércules, que segundo a lenda teria tido mais de setenta filhos), que só deveria ser desatado pelo esposo quando o casamento fosse consumado.

No dia seguinte, a casa da noiva era totalmente enfeitada (particular cuidado era prestado às portas e umbrais) com ramos de árvores sempre verdes e

com flores. A noiva era assessorada pela *pronuba*, uma matrona casada uma única vez e com o marido ainda vivo, que simbolizava através dessas duas características a “esposa ideal”. Era ela que juntava as mãos direitas dos noivos (ritual do *dextrarum iunctio*), ato ao qual se seguia a declaração de uma fórmula por parte da noiva: *ubi tu Gaius*, ego Gaia. Cumpridos esses ritos, celebrava-se a *cena nuptialis* na casa da noiva. Chegava então o momento de organizar o cortejo, que à luz de archotes levaria a noiva para a casa do marido.

A noiva era acompanhada por três meninos, que tinham os pais ainda vivos (*patrimi e matrimi*). As pessoas que viam ou acompanhavam o cortejo gritavam “*Thalasse*”, nome de uma divindade protetora do casamento, e recitavam versos, alguns de caráter picante. Atiravam-se também nozes, apanhadas pelas crianças.

O marido, que tinha se adiantado ao cortejo para chegar à sua casa, recebia a noiva, à qual oferecia fogo e água. Esta, com azeite e gordura animal realizava um ritual que consistia em ungir os umbrais da porta da casa. Era então levada ao colo para dentro da habitação pelos acompanhantes ou pelo marido, para que não tropeçasse a entrar na nova casa, o que seria interpretado como um sinal negativo. A *pronuba* conduzia-a ao leito nupcial, onde seria consumada a união. Ajudava-a a retirar a roupa e as joias, encorajava-a para o que se seguiria e deitava-na na cama. O noivo poderia então entrar, embora no exterior continuasse a festa. Antes de partir a *z* realizava um sacrifício.

O adultério se corporificava quando um homem casado ou solteiro mantinha relações sexuais com uma mulher casada, passando a ser crime público a partir do ano 17 a.C, quando o imperador passou a puni-lo severamente, o marido era obrigado a pedir o divórcio, sob pena de ser acusado de proxenetismo, dispondo de sessenta dias para apresentar queixa da esposa adúltera, em caso de inércia qualquer cidadão na forma da lei romana poderia apresentar provas do adultério em um período de quatro meses, se não ocorresse nenhuma das possibilidades a mulher não poderia mais ser perseguida.

Nos primórdios o homem poderia pedir a dissolução do matrimônio em casos bem específicos, como o adultério e a infertilidade da esposa. Contam os relatos que o primeiro divórcio foi pedido quando Espúrio Carvílio Máximo Ruga, no ano 230 a.C divorciara-se da esposa por esta ser infértil. O direito de divórcio só foi conquistado pelas mulheres ao final da República, na época imperial torna-se uma prática corrente, e além dos motivos já elencados os cônsules poderiam solicitar a dissolução por estarem fartos um do outro ou por ter surgido uma aliança mais atrativa, essa liberalidade gira em torno do fato de que a religião romana não se opunha ao divórcio.

Para que o divórcio se efetivasse bastava que um dos cônjuges declarasse perante testemunhas a fórmula tuas *res tibi habeto* (“fica com o que é teu”) ou *i foras* (“saí da minha casa”). Essas fórmulas também poderiam ser escritas

em uma carta e entregues ao cônjuge por um liberto. Os filhos da união terminada ficavam com o pai e com a família deste. (Coulanges, 2002, p. 48-52).

Hodiernamente os conglomerados do direito se delineiam de forma peculiar em cada país, pois suas características dependerão da forma de governo, religião, usos e costumes. A seguir estão discorridos alguns dos principais sistemas jurídicos do mundo.

Não podíamos deixar de aludir ao sistema da maior potência econômica do mundo, os Estados Unidos, em um artigo publicado e devidamente citado nos trechos dele transcrito, dando a devida condecoração aos autores, coloca-se de forma didática quais são os meios, as causas e os tipos de divórcio.

Divórcio com culpa x divórcio sem culpa: Em 1970, o Estado da Califórnia nos Estados Unidos, mudou a opinião das pessoas sobre o divórcio e também facilitou a dissolução do casamento ao aprovar a primeira lei de divórcio sem culpa. Antes disso, para se divorciar, um dos cônjuges deveria ter feito alguma coisa errada: ser “culpado” pela falha do casamento. Estes maus comportamentos são chamados “motivos para o divórcio” e incluem adultério, crueldade física ou mental, abandono, confinamento em prisão, incapacidade física para manter relações sexuais e insanidade incurável. Se o cônjuge acusado não desejasse o divórcio, ele precisava negar as acusações contra ele e se defender em um tribunal.

Ainda que muitos estados permitam o divórcio com culpa, eles também permitem os divórcios sem culpa. Os divórcios sem culpa são exatamente o que dizem: ninguém tem culpa pela falha do casamento. Mesmo se houve alguma má conduta, isso não importa em um divórcio sem culpa. A base para a dissolução de uma união pode ser simplesmente “incompatibilidades” ou “diferenças irreconciliáveis”. Geralmente não é preciso nenhuma explicação ou prova de um problema. Na maioria dos estados, não importa se o outro cônjuge consente ou não com o divórcio.

Divórcio contestado x divórcio não contestado

Um divórcio é não contestado se um dos cônjuges:

Não contestar o pedido de divórcio do outro cônjuge ou suas decisões quanto à divisão de bens materiais, dívidas, sustento dos filhos, questões de guarda dos filhos e pensão alimentícia;

Não contestar legalmente as decisões do cônjuge;

Concordar em cada detalhe (também conhecido como divórcio consensual).

Caso não se chegue a algum acordo quanto a todas as questões, então este é um divórcio contestado e o casal deverá resolver as questões perante um juiz. Os divórcios contestados custam muito mais e geralmente criam muito mais confusão.

Divórcio simplificado: alguns estados permitem o divórcio simplificado, que agiliza o processo de divórcio e geralmente não envolve um tribunal.

Os divórcios simplificados são divórcios não contestados e sem culpa, nos quais não há desavenças sobre o acordo.

As leis estaduais diferem quanto ao divórcio simplificado, mas geralmente ele é a maneira mais barata e menos estressante de se obter o divórcio. Alguns estados requerem somente que você preencha os formulários e obtenha a aprovação de um juiz para o seu acordo consensual. Outros estados apenas permitem que você requeira um divórcio simplificado se não existirem crianças dependentes (abaixo de 18 anos) e nenhum débito financeiro em aberto envolvido. Os divórcios simplificados geralmente são concedidos muito rapidamente (30 dias após a entrada da documentação).

A anulação, como o divórcio, também dissolve o casamento, mas diferentemente do divórcio, ela indica que o casamento nunca aconteceu. Geralmente, uma anulação é solicitada na Igreja Católica Romana para que a pessoa possa se casar novamente. Os motivos para uma anulação variam de acordo com a jurisdição, mas geralmente incluem:

Fraude ou declarações falsas: por exemplo, um cônjuge já pode ser casado com alguém ou pode ter omitido o fato de que não pode gerar filhos;

Ocultabilidade: por exemplo, o cônjuge pode ter ocultado um vício em drogas, antecedentes criminais ou a existência de doença sexualmente transmissível;

Inabilidade ou recusa de manter relações sexuais com o cônjuge;

Desacordo: por exemplo, ideias diferentes sobre estilo de vida ou desejo de ter filhos.

As anulações são mais comuns quando os casais não permaneceram casados por muito tempo. Uma anulação que fez as manchetes em 2004 dissolveu o casamento de Britney Spears com seu namoradinho de infância, Jason Allen Alexander. Eles se casaram em uma capela de casamentos em Las Vegas, no dia 4 de janeiro de 2004 e, no dia 5 de janeiro, Britney pediu a anulação em um tribunal de Nevada alegando “não estar consciente de suas ações a tal ponto de ser incapaz de concordar com o casamento, porque antes de se casarem a queixosa e o réu não conheciam os gostos de cada um, os desejos de cada um sobre ter ou não filhos, e os desejos de cada um quanto ao estabelecimento de uma residência”. A anulação foi concedida dentro de poucas horas.

Certo é que todos os estados têm leis de divórcio diferentes, pois eles têm soberania. Apesar de existir uma *Uniform Marriage and Divorce Act* (Lei uniforme de divórcio e casamento) que alguns estados adotaram, os detalhes e procedimentos ainda variam bastante. Alguns estados também adotaram a *Uniform Divorce Recognition Act* (Lei uniforme de reconhecimento de divórcio), que requer que o divórcio seja solicitado no estado onde os cônjuges vivem.

Se eles se divorciam em um estado diferente, o estado deles não reconhece o divórcio, causando grandes problemas caso algum deles queira casar novamente.

Mesmo os estados que não adotaram a *Uniform Divorce Recognition Act* geralmente têm um requisito para divórcios, o que significa que você precisa ter morado naquele estado por um período de tempo especificado antes de poder solicitar o divórcio lá. Como alguns estados também têm exigências quanto à duração das separações antes da sentença de divórcio, as pessoas que buscam divórcios rápidos geralmente se mudam temporariamente para estados que têm períodos de separação mais curtos para obter seus divórcios mais cedo.

O que você deve fazer para obter o divórcio? Precisa ir a um tribunal? Se o seu divórcio é contestado ou se você está buscando um divórcio com culpa para ganhar maior pensão ou a guarda das crianças, então a resposta provavelmente é sim. Se não, ir a um tribunal nem sempre é necessário. De fato, atualmente somente cerca de 10% dos divórcios são levados perante um juiz. A maioria deles é resolvida fora dos tribunais.

O divórcio típico envolve a apresentação de queixa de um dos cônjuges e depois a contratação de advogados por ambos. Cada advogado inicia um “levantamento” para determinar como dividir os bens do casal. Eventualmente, os dois advogados estabelecem um acordo em nome de seus clientes ou o caso vai a tribunal para ser decidido por um juiz. O casal não é envolvido ativamente na negociação. O acordo final abrange a distribuição de bens, pensão para filhos e cônjuge e questões sobre a guarda/visitação dos filhos.

O divórcio consensual está crescendo em popularidade porque coloca o casal à frente das negociações e da gestão da distribuição dos bens. Com a ajuda de um profissional neutro, o casal pode discutir e negociar as questões para alcançar um resultado que ambas as partes considerem satisfatório. Se a mediação não funcionar, eles podem prosseguir com o caso litigioso, tradicional e deixar que um juiz decida. Entretanto, o casal não evita o tribunal completamente com o divórcio consensual. O acordo ainda precisa ser aprovado, os formulários preenchidos e o divórcio concedido por meio de um processo jurídico.

Mas, o casal evitará ter que “lavar roupa suja” em público e não precisará chamar amigos e a família para testemunhar em um julgamento. Outra opção cada vez mais popular e disponível é a lei colaborativa para o divórcio. A lei colaborativa é um novo processo para a resolução de disputas que inclui um acordo preliminar por escrito declarando que o divórcio não irá a tribunal. Em vez disso, ele é mais uma definição de resolução de disputa no qual o casal permanece no controle por meio de sessões de negociação frente a frente. Estas sessões incluem ambos os cônjuges e seus advogados. Eles também podem contratar profissionais como terapeutas, avaliadores ou outros conselheiros.

Basicamente, os advogados participam apenas para responder perguntas legais e o casal controla as negociações. Os cônjuges concordam que as informações serão trocadas (levantamento) em tempo hábil. Como cada cônjuge compreende seus interesses e necessidades pessoais melhor do que ninguém, este processo permite que eles apresentem essas necessidades e encontrem uma solução rápida.

Em vez de estarem lá para “vencer” (criando uma atmosfera adversa), os advogados neste caso se tornam negociadores e solucionadores de problemas, porque todo o foco e objetivo do processo é o acordo. Se um acordo não pode ser estabelecido, os advogados concordam em se retirar do caso e transferir todos os seus arquivos e informações para advogados subsequentes. Isso ajuda a controlar os custos porque o próximo advogado não precisará repetir o processo de levantamento. (Disponível em: < <http://pessoas.hsw.uol.com.br/divorcio-nos-eua1.htm>>).

A dissolução da sociedade conjugal na Argentina foi registrada pela primeira vez em 1871, ficando incólume mesmo após as Leis 2.393/1888 e 2.681/1889 e foi incluso definitivamente em 1987 com o advento da Lei 23.515/87. A separação nesse país pode ser litigiosa ou consensual, podendo aquela ser culposa ou não, tal qual fazia o nosso Código Civil de 1916, e o faz parcialmente com o Código Civil de 2002 no tocante a regras rígidas para separação culposa, é gritante a diferença que se assenta com a Emenda 66/2010, tal qual separação litigiosa culposa há exigibilidade de dois anos de interrupção da coabitação. (Carvalho Neto, 2009, p. 48).

O direito lusitano tem um traço bastante peculiar. Em 1910 introduz o divórcio (Decreto 1, de 03.12.1910) nas suas duas modalidades (litigiosa e consensual), vigorando até 1940, então a Concordata com a Santa Sé (07/05/1940) faz retroagir tal prerrogativa tornando a indissolubilidade do casamento impossível, excetuando-se os anteriores à legislação concordatária.

Em 1966, pelo Decreto Lei 47.344, é aprovado o Código Civil português. Este volta a disciplinar a questão do divórcio, nessa ordem “simples separação judicial de bens” (basicamente o que estabelecia o Projeto de Código Civil Brasileiro de 1965), podendo ser requerido por ambas as partes, o que não altera o casamento em si, tão somente a comunhão de bens, logo após trata do divórcio em si tanto litigioso (que se observará quando um dos cônjuges violar os deveres conjugais, sem que o consorte atingido o tenha instigado, ou se houver separação de fato por seis meses) quanto consensual (exigidos para tanto três anos de casamento), uma característica incomum ao direito brasileiro é o fato da caducidade do direito ao divórcio em dois anos, quando o ofendido teve conhecimento do fato desonroso, no caso de culpa, capaz de fundamentar o pedido. (Carvalho Neto, 2009, p. 51).

No Islã, direito e religião são homogêneos, as prerrogativas alcançadas pelas mulheres vêm do século VII d.C, hodiernamente mantém ileso o direito dos consortes de diluírem o matrimônio, a mulher além do divórcio, através de um instituto chamado “Khula” tem direitos inigualáveis, bastando apenas o marido ser recalcitrante para que o casamento se desfaça. Em suma, todas essas garantias estão descritas no Alcorão, por isso tal homogeneidade.

2 O FIM DO ESTADO DE SEPARADO

É sabido que existiam dois tipos de separação, a dita consensual e a litigiosa. Antes, quando a separação decorria de mútuo acordo entre as partes era necessário que os cônjuges fossem casados por mais de um ano. Segundo o artigo 1.574 do Código Civil de 2002, litigiosa é a separação iniciada por apenas um dos cônjuges. Para que a ação não fosse julgada improcedente, tinham que se fazer presentes dois requisitos: um imputável ao réu – atitude indigna – e outro de ordem subjetiva, ou seja, que tenha tornado a manutenção do matrimônio insuportável, pois somente o “inocente” teria legitimidade de pleitear ante o judiciário o pedido de dissolução. Como racionalmente alui Fachin (1999, p. 179) “Não há que se apurar culpa, com motivação de *ordem íntima, psíquica*, concluindo que a conduta pode ser apenas sintoma do fim”.

Com lógica o Estado agia de forma arbitrária ao impor um “estágio probatório” para a separação consensual e manter dois indivíduos juntos caso não houvesse a perquirição da culpa em si tratando de separação litigiosa, ilógico ainda era, que se os cônjuges não mais queriam permanecer unidos, eram obrigados a mantê-la por mais de um ano, mesmo que não coabitassem e não existisse o vínculo afetivo.

Com a aprovação da emenda 66/2010, que literalmente se deleita na questão dos prazos, extirpando-os, pondo fim ao estado civil de separado e o instituto da separação, visto que era de cunho obrigatório cumpri-los para se ingressar com a Ação de Divórcio, hodiernamente basta apenas à mera manifestação de vontade das partes, sem necessidade de cumprimento de prazos, demonstrando que o Estado não tem direito, tampouco dever de intervir na vontade das partes, desestruturando a sociedade, ao passo que obrigava o casal a permanecer unido contra sua vontade. Essa parte da vida do cidadão é tênue, e não permite intromissões.

3 O ANTES E O DEPOIS DA EMENDA 66/2010

Preteritamente à referida Emenda, tínhamos a dissolução do casamento conforme dispõe a Lei 6.715-77 (Lei do Divórcio) – que veio revogar

expressamente os artigos 315 usque ad 328 do Código Civil de 2002 – em seu Artigo 2º, enumerados taxativamente os motivos de dissolução conjugal, são as chamadas causas terminativas do casamento: a) morte de um dos cônjuges; b) anulação do casamento; c) separação judicial; d) divórcio. Sendo mister lembrar que no Parágrafo Único do referido dispositivo legal, a dissolução do casamento, entretanto, somente se dará pelo divórcio ou morte natural de um dos cônjuges, sendo assim separação judicial gênero da qual derivam a *separação consensual e a litigiosa*, dissolve apenas a sociedade conjugal, conservando o vínculo de modo a obstar que os cônjuges venham a convolar novas núpcias.

É sabido que o divórcio também estava predisposto a duas modalidades: a litigiosa, sendo ao divórcio-direto atribuída exigibilidade do lapso temporal de dois anos de separação de fato e o divórcio-conversão, tendo como pré-requisito um ano de separação decretada, sendo este formulado por apenas um dos cônjuges, sem a adesão do outro consorte.

Tanto na separação judicial consensual quanto no divórcio consensual o pedido é mútuo de ambos os consortes, ou feito por apenas um deles com a aceitabilidade do outro, tentando-se na fase devida um denominador comum que seja conciliatório. Sendo necessária a homologação judicial para ter validade, tornando eficaz o pacto de vontades, para que o Estado tivesse um controle, visto que o casamento é uma das pilastras da sociedade, podendo e devendo o juiz negá-la quando achasse plausível, artigo 34 § 2º da Lei de Divórcio.

Ilustrado o quadro em que se delineava a dissolução conjugal, percebe-se que a sapiência do legislador acompanhou os efeitos da modernidade, tornando célere o processo de divórcio e extirpando do cenário do direito positivado brasileiro o estado de separado e os prazos exigíveis, com a vigente Emenda podem ser extintos todos os processos de separação judicial, bem como aqueles em que os casais já obtiveram essa decisão, estando na fase de cumprir os dois anos para o pedido do divórcio. Posto que essas pessoas podem requerer de forma direta e imediata a dissolução do matrimônio, qualquer restrição que possam estar sofrendo fica exonerada, não há celeumas que a Emenda Constitucional 66/10 as revogou.

Toda Lei está imbuída de retroatividade ou ulterioridade e não está isento o referido dispositivo, não retroagindo apenas para alcançar a coisa julgada, ou constituir afronta ao ato jurídico perfeito ou prejudicar direito adquirido.

Hodiernamente não há qualquer restrição para a concessão do divórcio, seja ela de implemento de prazos ou prévia separação judicial, a única ação dissolutória do casamento é o divórcio, não mais incrustado causas de pedir. Culpas, prazos ou causas (mesmo que autor ou réu discordem, a dissolução do matrimônio ocorrerá, exceto quando houver expressa deserção de ambas as partes) controversas não mais integram a lide, ou são objeto da demanda.

Obviamente que havendo filhos menores as questões acerca devem ser acertadas, os aspectos patrimoniais sequer precisam de definição, sendo possível a concessão do divórcio se a partilha de bens, pelo pedido de separação ter tornado-se juridicamente impossível sequer há necessidade de requerimento das partes de conversão para o divórcio, devendo esta ser decretada de ofício pelo juiz (Artigo 462, CPC), mesmo a separação em grau de recurso descabe ser julgada, retornado ao juízo a *quo*, intima-se as partes e o juiz decreta o divórcio, o que não fere o duplo grau de jurisdição.

4 RESISTÊNCIA AO DESAPARECIMENTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL

Com a devida vênia aos que sustentam que o instituto da separação judicial ainda permanece, com fulcro em um verbo do dispositivo ora analisado, diga-se: artigo 226 §6º: o casamento PODE ser dissolvido através do divórcio. Persistindo a possibilidade de os consortes buscarem sua concessão pelo só fato de o Código Civil continuar regulando a separação judicial.

Usando as contra-argumentações de Dias (*online*, 2010):

A conclusão é para lá de absurda, pois vai de encontro ao significativo avanço levado a efeito: afastou a interferência estatal que, de modo injustificado, impunha que as pessoas se mantivessem casadas. O instituto da separação foi eliminado. Todos os dispositivos da legislação infraconstitucional a ele referente restaram derogados e não mais integram o sistema jurídico. Logo, não é possível buscar em juízo a decretação do rompimento da sociedade conjugal. (Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2287526/artigo-ec-66-10-e-agora-por-maria-berenice-dias>)

Outro argumento é que no caso de arrependimento, havendo novo casamento haveria a necessidade da partilha dos bens do casamento anterior ou a adoção do regime de separado, elogiosa é a defesa novamente de Dias, 2010:

Mais uma vez a resistência não convence. Havendo dúvidas ou a necessidade de um prazo de reflexão, tanto a separação de fato como a separação de corpos preservam o interesse do casal. Qualquer dessas providências suspende os deveres do casamento e termina com a comunicabilidade dos bens. A separação de corpos, inclusive, pode ser levada a efeito de modo consensual por meio de escritura pública. E, ocorrendo a reconciliação, tudo volta a ser como era antes. Sequer há a necessidade de revogar a separação de corpos. O único efeito - aliás, bastante salutar - é que bens adquiridos e as dívidas contraídas durante o período da separação são de cada um, a não ser que o par convencie de modo diferente. (Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2287526/artigo-ec-66-10-e-agora-por-maria-berenice-dias>)

A verdade é uma só, conclui Dias: a única maneira de findar o pacto nupcial é por meio do divórcio, considerando que o instituto da separação foi banido do sistema jurídico pátrio. Assim, nada mais é necessário para tal fim, pois qualquer outra interpretação transformaria a alteração em letra morta. (Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2287526/artigo-ec-66-10-e-agora-por-maria-berenice-dias>).

A nova disposição constitucional atende não apenas a necessidade da realidade da sociedade brasileira em toda sua evolução quanto ao assunto, como também atende ao princípio da economia e celeridade processual. Caracterizando o instituto da separação como etapa defasada e desnecessária, que foi constitucionalmente extinta de nosso sistema jurídico.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, que em nenhum momento se propôs a exaurir as controvérsias que pairam sobre o tema, contudo objetiva esclarecer e enriquecer as envergaduras que tornearam a chegada da Emenda Constitucional 66/2010, percebe-se que o legislador se viu compelido a respeitar os direitos fundamentais da razoabilidade, eficiência do processo, liberdade e igualdade, desde já expedindo as devidas desculpas.

Certo é que o Estado, em nenhum momento, deve intervir no acordo volitivo das partes no tocante à necessidade de se manter ou se desfazer o vínculo conjugal. Não se obriga duas pessoas a manterem a convivência e estipular prazos para que reflitam sobre a necessidade de permanecerem ou não juntas.

Tal dispositivo desafoga o Judiciário e impede que o Estado-juiz, sem o devido conhecimento que venha a gabaritá-lo, decida de forma arbitrária o “destino” dos indivíduos que teceram o vínculo conjugal, mesmo que se trate de célula mater como é o casamento.

A nova Lei não impede a reconciliação, mesmo que o seja com o consorte do qual já se divorciara, apenas torna célere um processo que por si já é desgastante, sem impor causas rigidamente legais, nem expondo os cônjuges a atos e ações vexatórias.

O cunho histórico apenas embasou a decisão do legislador, a culpa que o Direito de Família carregava foi tolhida, e o que antes dilacerava direitos seniores, mitigando física, psíquica e fisiologicamente as partes envolvidas em tal processo, agora chancela a possibilidade de uma ação menos exaustiva e dolorosa.

REFERÊNCIAS

- ABREU, José. **O Divórcio no Direito Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- ALMEIDA, João Ferreira de. (tradução) **Bíblia Sagrada**. Impressão (revista e corrigida) Rio de Janeiro: Imprensa Bíblica, 2000.
- Assessoria de Imprensa - Clipping - Extraído de: Associação dos Registradores de Pessoas Naturais do Estado de São Paulo - 19 de Julho de 2010. Nova Lei do Divórcio acaba com a separação judicial – Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2287527/clipping-revista-consultor-juridico-nova-lei-do-divorcio-acaba-com-a-separacao-judicial>> acesso em 26 abr 2011.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- CAHALI, Yussef Said. **Divórcio e Separação Judicial**. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- CAMPOS, Diogo Leite de. **A Invenção do Direito Matrimonial**. Coimbra: Almedina, 1990.
- CARNEIRO, Nelson. **A Luta pelo Divórcio**. São Paulo: Lampião, 1977.
- CARVALHO NETO, Inacio de. **Separação e Divórcio: Teoria. e Prática**. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga, série ouro**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- DIAS, Maria Berenice. Artigo - ec 66/2010- **e agora ?**- Por Maria Berenice Dias. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2287526/artigo-ec-66-10-e-agora-por-maria-berenice-dias>). Acesso em: 01 maio. 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. **Elementos Críticos de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. **Novos Paradigmas na Separação Judicial e no Divórcio**: possibilidade de retratação unilateral e indeferimento do pedido de homologação de acordo. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/2345>>. Acesso em: 26 abr. 2011.
- FUNARI, Pedro Paulo. **Grécia e Roma**. São Paulo: Contexto, 2003.
- GARDNER, Jane F. **Women in Roman Law and Society**. Indiana University Press, 1991.

GRIMAL, Pierre. **A Vida em Roma na Antiguidade**. s/l: Mem Martins/ Europa-América, 1995.

PINSKY, Jaime (org). 100 **Textos de História Antiga**. São Paulo: Contexto, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

***PROVISIONS ON THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT
66/2010- NEW LAW OF DIVORCE***

Abstract: *This document contains provisions on the Constitutional Amendment 66/2010- New Law of Divorce, with the goal of enlightening as it was and as it was the Brazilian legal system with respect to the subject matter, the benefits and harm of the same at all my intention running out or settle the controversies that guide the subject. However, I will use all the resources (texts, laws, comparative law, interviewing lawyers, reviews of important operators of the law, jurisprudence, etc.) to seek a greater understanding of this point of difference.*

Keywords: *Constitutional Amendment; New Law of Divorce, the Brazilian legal system.*

Data de recebimento: **set/2010** – Data de aprovação: **nov/2010**

JURISPRUDÊNCIA ARCO-ÍRIS: COMENTÁRIOS À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS

George Marmelstein

Doutorando em direito pela Universidade de Coimbra. Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito na FA7. Juiz Federal georgemlima@yahoo.com.br

Sumário: 1. Um Debate Necessário e Urgente. 2. Em Busca da “Vontade da Constituição”. 3. O Que Está em Jogo? 4. Interpretando a Constituição. 5. Qual Era a Autêntica Intenção dos Constituintes? 6. A Interpretação do Supremo Tribunal Federal é Tão Absurda Assim?. 7. Crítica aos Críticos. 8. O Texto e o Contexto. Conclusão. Referências.

Resumo: Podem os interesses comerciais superar os interesses de saúde da população de um determinado país? Esta é a indagação feita na análise deste trabalho a partir da ótica de um juiz ao ter que decidir um determinado caso concreto de produto alimentício importado e que foi declarado impróprio para o consumo pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Palavras-chave: Interpretação constitucional. Jurisdição constitucional. Ativismo Judicial. Direitos dos homossexuais.

1 UM DEBATE NECESSÁRIO E URGENTE

Nos dias 4 e 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal julgou um dos casos mais emblemáticos de sua história. Por unanimidade (10 a 0), ficou decidido que as uniões estáveis homoafetivas, ou seja, formadas por pessoas do mesmo sexo, merecem a mesma proteção jurídica dada às uniões estáveis entre homem e mulher¹.

¹ STF, ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Brito, j. 4 e 5/5/2011. O ministro José Antônio Dias Toffoli não votou em razão de haver atuado no caso na qualidade de Advogado-Geral da União, onde havia apresentado manifestação favorável ao reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Sendo assim, pode-se dizer que todos os atuais ministros tiveram o mesmo entendimento acerca do caso.

Aplausos de um lado, perplexidade de outro, o certo é que a referida decisão abre margem para uma rica discussão em torno de vários pontos importantes para o pensamento jurídico contemporâneo, como os limites da jurisdição no Brasil, o papel do Supremo Tribunal Federal e os contornos da interpretação constitucional. É provável que esse *leading case* faça surgir na comunidade acadêmica brasileira um novo estilo de debate, que é o debate crítico *a posteriori* dos resultados produzidos pela jurisdição constitucional.

Quando lemos obras de Direito Constitucional norte-americano, encontramos, com frequência, discussões sobre casos já decididos pela Suprema Corte daquele país, analisando retrospectivamente os méritos ou deméritos da solução adotada. Referidos debates têm o propósito de influenciar casos futuros onde os mesmos princípios possam ser aplicados ou até mesmo gerar uma reviravolta jurisprudencial, o que é relativamente frequente em razão da forte divergência interna, em que muitos casos são decididos por uma maioria apertada (os julgamentos “5x4” são bastante comuns). Lá, portanto, os debates acadêmicos não se limitam a informar e tentar compreender o que foi decidido, mas sobretudo influenciar, pelo seu poder crítico e reflexivo, os rumos da jurisdição constitucional.

Aqui no Brasil, pelo contrário, sempre houve uma certa acomodação acadêmica em relação às decisões do Supremo Tribunal Federal, por mais polêmicas que sejam. A doutrina, de um modo geral, parece se interessar mais pelos temas ainda não decididos, talvez com a crença de que é mais fácil influir em um futuro julgamento do que mudar um caso julgado. Raramente se observam discussões acerca de temas já consolidados. Não houve, por exemplo, nenhum debate sistemático após a decisão do STF no *Caso Ellwanger*², onde foi decidido que a liberdade de expressão não protege discursos que fazem apologia ao nazismo. Também não houve nenhum debate acadêmico mais profundo após o Supremo Tribunal Federal haver decidido pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança, que autorizou a pesquisa científica com células-tronco embrionárias³. Os debates ocorreram *antes* do julgamento e, com a decisão judicial, o assunto esfriou, como se não houvesse mais o que fazer diante da autoridade da *coisa julgada*, exceto compreender o que foi decidido. É como se a voz do Supremo, a quem competiria pronunciar a “última palavra”, calasse todas as demais vozes.

A decisão sobre as uniões homoafetivas, imediatamente, provocou um novo estilo de debate acadêmico, pois a comunidade jurídica parece ter percebido quão poderosa pode ser a jurisdição constitucional e quão importante é o papel da academia enquanto espaço de crítica sobre essa atividade. Agora, pelo que tenho notado, os juristas debruçam-se sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal não apenas para compreendê-la, mas também para avaliar o seu acerto e

² STF, HC 82424, rel. Min. Moreira Alves, relator para acórdão Min. Mauricio Corrêa, j. 17/09/2003.

³ STF, ADI 3510, rel. Min. Ayres Brito, j. 29/05/2008.

especialmente para questionar os próprios limites da jurisdição constitucional. Enquanto diversos setores da sociedade elogiavam ou lamentavam, conforme o viés ideológico, a decisão pelo seu mérito, vários artigos críticos, escritos por juristas respeitáveis, foram publicados nos dias seguintes à decisão, denunciando que o STF teria extrapolado a sua missão constitucional e violado os “limites semânticos da Constituição” (STRECK, 2011), “reescrevendo o texto da Constituição sem legitimidade para tanto” (DOUGLAS, 2011) e “criando um direito até então inexistente” (ARRUDA, 2011). Mesmo alguns autores simpáticos à causa dos homossexuais questionaram o *modus operandi* da decisão, pois, segundo eles, seria necessária uma revisão constitucional para reconhecer a validade jurídica das uniões homoafetivas ou, pelo menos, uma alteração legislativa, de modo que, de uma forma ou de outra, caberia ao parlamento e não ao judiciário decidir a matéria. Nesse sentido, qualquer equiparação judicial das relações homoafetivas às uniões estáveis entre homem e mulher fragilizaria o princípio democrático que exige que tais decisões sejam deliberadas na instância popular, de modo que o reconhecimento das uniões homoafetivas na esfera judicial provocaria “uma instabilidade institucional pela fissura provocada no texto da Constituição através de um protagonismo da Corte Constitucional”, gerando “um tipo de mal-estar institucional gravíssimo” (STRECK, OLIVEIRA & BARRETO, 2011). Outros, notoriamente antipáticos à causa dos homossexuais, pegaram carona nas críticas e iniciaram uma verdadeira cruzada contra a jurisdição constitucional, alegando que os ministros do Supremo Tribunal Federal, “à luz da denominada ‘interpretação conforme’, estão conformando a Constituição Federal à sua imagem e semelhança, e não àquela que o povo desenhou por meio de seus representantes” (MARTINS, 2011). Referidos discursos seguem uma linha bastante crítica ao protagonismo judicial exercido pelo Supremo Tribunal Federal na última década, dentro de um estilo argumentativo já existente na literatura anglo-saxã há pelo menos dois séculos, mas que sempre é atual e se renova (TUSHNET, 1999; WALDRON, 2006; BICKEL, 1962).

No presente artigo, entrarei neste debate por entender ser extremamente salutar e urgente discutir os limites da jurisdição constitucional no Brasil, pois também compartilho algumas preocupações em torno do excesso de judicialização, especialmente por conta de algumas falhas presentes no modelo atual de deliberação judicial brasileiro que não convém aqui mencionar⁴.

De qualquer modo, é possível perceber uma clara evolução nos debates constitucionais brasileiros nas últimas duas décadas, em que podem ser distinguidas, pelo menos, duas fases bem nítidas: a das possibilidades e a dos limites.

⁴ Estou desenvolvendo um artigo sobre os riscos da jurisdição constitucional onde devo aprofundar minha visão sobre as falhas do modelo de deliberação judicial adotado no Brasil.

A primeira fase (das possibilidades) ocorreu durante os anos 1990. Naquela época, vivíamos um momento de transição política, tentando sair de um regime ditatorial para construir um modelo de democracia alicerçada na Constituição de 1988. A maioria dos juristas que se dedicaram ao estudo do Direito Constitucional naquele período estava essencialmente preocupada em defender a supremacia da Constituição, a efetividade das normas constitucionais e o papel do Poder Judiciário como órgão de proteção dos direitos. A produção acadêmica daquele período enaltecia a jurisdição constitucional e defendia, com otimismo, a atuação estratégica do Poder Judiciário para fazer valer a Constituição de 1988. Estávamos no campo das possibilidades. Pode o juiz deixar de aplicar uma lei inconstitucional? Pode o juiz julgar um caso invocando apenas normas constitucionais, inclusive princípios abstratos, como a dignidade humana, a igualdade ou a liberdade? Pode o juiz participar da concretização dos direitos fundamentais sociais, como a saúde, a moradia e a educação, obrigando o poder público a fornecer serviços aos indivíduos mesmo sem base legal? Essas eram as perguntas dominantes.

Uma análise da prática judiciária contemporânea, sobretudo da jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal, comprova que o discurso pró-jurisdição constitucional parece ter vencido e conquistado o status de pensamento dominante. O Judiciário, claramente, assumiu para si o papel de *guardião da Constituição* e reconfigurou completamente a feição do velho princípio da separação de poderes, participando, bem ou mal, do processo de realização dos objetivos constitucionais. Hoje, está pacificado na jurisprudência do STF o entendimento de que é possível extrair da Constituição comandos diretos ao poder público, independentemente de lei⁵; que o judiciário pode efetivar direitos econômicos, sociais e culturais⁶; que, na falta de lei regulamentadora da Constituição, o Judiciário pode regulamentar a matéria enquanto perdurar a omissão do legislador⁷; e assim por diante.

O detalhe é que a Constituição brasileira incorporou um catálogo amplo e variado de direitos fundamentais, redigido de forma propositadamente aberta e vaga. Com isso, o leque de matérias passíveis de serem submetidas à jurisdição constitucional aumentou substancialmente, sobretudo porque os juristas começaram a aceitar, com grande ênfase, a ideia de *força normativa* da Constituição e a consequente possibilidade de *aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais* (CANOTILHO, 1997, p. 1208), gerando aquilo que tem sido designado como *constitucionalização dos direitos* (SILVA, 2005) ou *ascensão do constitucionalismo* (ACKERMAN, 1996; SOUZA NETO & SARMENTO, 2007).

⁵ STF, ADC 12, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, j. 20/08/2008; STF, RE 579951, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2008 (Nepotismo).

⁶ STF, RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, j. 22/11/2005 (Obrigação estatal de atendimento em creche e pré-escola).

⁷ STF, MI 708, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, j. 25/10/2007 (Omissão legislativa na regulamentação da greve do funcionalismo público); STF, ADI 3999, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, j. 12/11/2008 (Fidelidade partidária).

A consequência disso é um excesso de judicialização dos conflitos sociais e um aumento substancial dos poderes normativos dos juízes, especialmente dos que compõem os órgãos de cúpula. No Brasil, em particular, o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, sobretudo a partir do ano 2000, tem sido detectado não só por estudiosos do Direito, mas por todos aqueles que possuem um mínimo de senso político. A conhecida mensagem de Alexis de Tocqueville, ao comentar, já no século XIX, que praticamente não existem questões políticas e sociais que não se transformem, cedo ou tarde, em uma questão judicial nos Estados Unidos, também pode ser estendida para o Brasil de hoje. O número de litígios submetidos ao julgamento de órgãos judiciais aumentou consideravelmente, de modo que não é exagero falar que são poucas as disputas sociais que não se transformam em processo judicial.

Estão desaguando na justiça brasileira pedidos de pessoas que querem pôr fim à própria vida, invocando a existência de um direito de morrer dignamente, ou seja, um direito de praticar a eutanásia ou o suicídio assistido. Também é possível observar pedidos de autorização para interrupção de gravidez em caso de doença do feto, sendo mais comum o caso da anencefalia, que está na pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal. Há, ainda, várias ações propostas por indivíduos pertencentes a minorias, como os homossexuais, negros, minorias religiosas e grupos em desvantagem socioeconômica, que, por não terem “capital político”, buscam no Judiciário um refúgio para a proteção institucional de seus interesses. Começam a surgir ações judiciais para que sejam reconhecidos os direitos morais dos primatas e dos grandes mamíferos, tentando redimensionar o sentido de pessoa merecedora de respeito e dignidade. Como se vê, tais questões envolvem aspectos extremamente complexos e estão sendo objeto de disputas judiciais e decididas, em última análise, por membros do Judiciário.

Embora esse fenômeno seja relativamente recente no Brasil, é bem mais antigo no resto do mundo, especialmente nos Estados Unidos, mas não só. Na verdade, mais de oitenta países no mundo aceitam e adotam o que se convencionou chamar de jurisdição constitucional dos direitos fundamentais, que é um modelo político de deliberação em que as questões constitucionais mais relevantes, sobretudo aquelas ligadas aos direitos fundamentais, são submetidas a um órgão jurisdicional⁸.

⁸ O jurista canadense Ran Hirschl apelidou esse fenômeno, num tom pejorativo, de juristocracia: “over the past few years the world has witnessed an astonishingly rapid transition to what may be called juristocracy. Around the globe, in more than eighty countries and in several supranational entities, constitutional reforms has transferred an unprecedented amount of power from representative institutions to judiciaries. (...) National high courts and supranational tribunals have become increasingly important, even crucial, political decision-making bodies” (HIRSCHL, 2004, p. 1). Kim Scheppelle, por sua vez, acusa o surgimento de uma Courtocracy (SCHEPPELLE, 2000). Aqui no Brasil, Oscar Vilhena Vieira introduziu o termo “Supremocracia” para designar o fenômeno (VIEIRA, 2008).

A transferência de debates morais e políticos para a esfera judicial, seja no âmbito nacional, por meio da jurisdição constitucional, seja no âmbito internacional, por meio dos tribunais internacionais de direitos humanos, parece ser uma febre mundial e, particularmente no Brasil, anda bem quente nos últimos anos.

Em razão disso, parece-me que o discurso atual, a respeito da interpretação constitucional e do papel do poder judiciário, não está mais no campo das possibilidades. Hoje, quase todos concordam que, pelo menos em algumas situações, os juízes devem se preocupar com a efetividade das normas constitucionais, sobretudo dos direitos fundamentais, e podem deixar de aplicar uma lei inconstitucional em nome da força normativa da Constituição. Até mesmo os críticos mais ácidos da jurisdição constitucional reconhecem que há casos em que a interferência judicial é salutar, embora existam muitas divergências sobre quais são esses casos⁹.

O importante agora é centrar o discurso nos limites da atuação judicial. Até que ponto os juízes podem agir para fazer valer a constituição? Em que situações é legítima a interferência judicial? Estão os juízes preparados para dar respostas satisfatórias aos grandes problemas morais da sociedade? Por que essas questões estão sendo decididas por juízes não eleitos ao invés de estarem sendo discutidas e deliberadas no âmbito parlamentar, que sempre foi a arena desses debates? Como conciliar tal modelo com a democracia? Quais são as vantagens e desvantagens desse modelo de deliberação judicial? Quais são os riscos que a judicialização dessas questões pode acarretar e como minimizar esses riscos? Essas são as perguntas do momento.

E quando discutimos sobre limites da jurisdição não podemos ser ingênuos. Estamos falando de *poder*. Poder este que tem um conhecido efeito narcótico: quanto mais se tem, mais se quer. O abuso, com boas ou más intenções, é inevitável. Portanto, quando falamos de limites à jurisdição constitucional, temos que ser realistas e deixar de lado aquela visão romântica em torno das supostas virtudes intelectuais e morais dos julgadores para reconhecer que os juízes podem errar. E às vezes, podem errar feio, como bem demonstram

⁹ Assim, por exemplo, John Ely, mesmo identificando os problemas políticos do “judicial review”, defendeu que a jurisdição constitucional seria legítima para promover o funcionamento adequado da democracia, assegurando a abertura dos canais de participação e de mudanças políticas (“clearing the channels of political change”), bem como impedindo a tomada de decisões contrárias a direitos de minorias que não lograssem participação adequada no processo político-democrático (“facilitating the representation of minorities”) (ELY, 2002). Do mesmo modo, Jürgen Habermas, defendendo uma jurisdição constitucional meramente procedimental, entende que o papel dos juízes constitucionais é garantir que os procedimentos democráticos sejam respeitados de modo a permitir que o próprio povo possa decidir sobre seu destino com autonomia, não cabendo, portanto, ao Judiciário assumir a função de legislador político (HABERMAS, 1997). Para uma visão de um brasileiro sobre o debate: MENDES, 2008.

os exemplos de *Dred Scott*¹⁰ e *Plessy v. Ferguson*¹¹, nos Estados Unidos, duas decisões que ilustram de forma exemplar os riscos da jurisdição constitucional, na medida em que negaram aos negros a condição de cidadãos merecedores de direitos básicos e marcaram uma época de discriminação institucionalizada que até hoje afeta a sociedade norte-americana.

É dentro dessa preocupação em torno dos limites da jurisdição que a doutrina constitucional contemporânea tem caminhado e também pretendo seguir por essa linha. Porém, devo desde já fazer uma ressalva importante para não ser mal compreendido. Mesmo compartilhando algumas preocupações dos críticos em relação à jurisdição constitucional tal como praticada no Brasil, sairei em defesa da decisão do STF no caso da homoafetividade, por entender que, especificamente neste caso, a jurisdição constitucional fez o seu melhor: protegeu um grupo historicamente menosprezado pela sociedade que, dificilmente, conseguiria ter

¹⁰ *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). On-line: <http://laws.findlaw.com/us/60/393.html>. Ressalte-se que, no referido julgamento, iniciou-se a construção do chamado substantive due process. A cláusula do devido processo foi adotada para declarar a inconstitucionalidade do “Missouri Compromise”, que proibia a escravidão em novos territórios existentes acima de determinada latitude nos Estados Unidos. O fundamento citado pelo juiz Taney, relator do caso, foi este: “um ato do Congresso que priva um cidadão dos Estados Unidos de sua liberdade ou propriedade meramente porque ele foi ou levou sua propriedade para um território específico dos Estados Unidos, e que não cometeu nenhuma ofensa contra as leis, dificilmente poderia ser dignificado como devido processo legal”. No Brasil, é costume no meio jurídico elogiar a construção “substantiva” da cláusula do devido processo como se fosse o melhor instrumento para barrar as leis materialmente irrazoáveis. Talvez seja mesmo. Mas o que poucos sabem é que essa ideia não foi criada para anular uma lei substancialmente injusta. O propósito, pelo menos no caso *Dred Scott*, foi o de invalidar uma lei que era totalmente a favor dos direitos fundamentais, já que proibia a escravidão em determinados territórios.

¹¹ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). On-line: <http://laws.findlaw.com/us/163/537.html>. No referido caso, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, decidiu que a reserva de acomodações “separadas, mas iguais” para negros nos transportes ferroviários seria compatível com o princípio da igualdade, já que essa teria sido a intenção dos legisladores que aprovaram a cláusula da igualdade. Os fatos que deram origem ao processo judicial, pelo menos em sua versão mais conhecida, foram estes: um senhor chamado Homer Plessy, que tinha ascendência negra, comprou uma passagem de trem na primeira classe. Quando já estava no vagão, a polícia foi chamada, pois aquela área era privativa de pessoas brancas. Plessy se negou a sair do vagão e, por isso, foi preso e condenado por violar a lei estadual que autorizava a reserva de áreas exclusivas para brancos em transportes coletivos. No caso em questão, a Suprema Corte confirmou a punição sofrida pelo senhor Plessy (informações obtidas a partir de: IRONS, 1999). O único juiz da Suprema Corte que não concordou com o julgamento foi John Harlan, que, além de ter afirmado que a Constituição é cega quanto a cor dos indivíduos (“color-blind”), foi profético ao assinalar no seu voto: “Na minha opinião, o julgamento que hoje se concluiu se mostrará, com o tempo, tão pernicioso quanto a decisão tomada neste tribunal no Caso *Dred Scott*. A presente decisão não apenas estimulará a discriminação e a agressão contra os negros como também permitirá que, por meio de normas estatais, sejam neutralizadas as benéficas conquistas aprovadas com as recentes mudanças constitucionais”. Desde então, como bem profetizou o juiz Harlan, várias medidas segregacionistas foram adotadas por diversos Estados e reconhecidas como válidas pela Suprema Corte. Pode-se mencionar, por exemplo, o caso *Berea College v. Kentucky* (1908), onde foi aceita uma lei do Estado de Kentucky que proibia que as escolas particulares admitissem brancos e pretos na mesma instituição, bem como o caso *Gong Lum v. Rice* (1927), que equiparou as crianças de origem chinesas aos negros para fins de matrícula escolar. No caso *Corrigan v. Buckley* (1926), a Suprema Corte disse que não violava o devido processo nem o princípio da igual proteção, uma cláusula contida em contrato de compra e venda de imóvel que proibia o aluguel ou a transferência do imóvel para qualquer pessoa negra.

os seus direitos reconhecidos dentro do debate parlamentar. Não considero que houve qualquer excesso interpretativo por parte do STF e tentarei comprovar que a interpretação adotada é perfeitamente compatível com o texto constitucional.

Minha abordagem será compreensiva em relação aos posicionamentos críticos. Embora existam muitos grupos preconceituosos que reclamam da decisão do Supremo Tribunal Federal por não concordarem com o seu mérito, é inegável que há também muitos argumentos razoáveis e não preconceituosos que podem ser invocados contra a decisão e, portanto, não se pode dizer que quem é contra a decisão do STF é necessariamente homofóbico e conservador. Esse tipo de atitude – de desqualificar de plano qualquer argumento contrário à decisão do STF – é dogmática e não condiz com um bom debate acadêmico.

O tema, naturalmente, é delicado pelas paixões que suscita de ambos os lados. Há um forte preconceito contra os homossexuais, mas também há um forte preconceito contra quem não aceita a homossexualidade. Isso faz com que, muitas vezes, o discurso caia numa manipulação retórica, onde os preconceitos são encobertos com frases grandiloquentes e vários subterfúgios linguísticos são usados para impressionar e conquistar a adesão da plateia. Tentarei evitar esse tipo de estratégia, até porque, como heterossexual que sou, defenderei um posicionamento que, em princípio, não me favorece, o que me dá, penso eu, uma presunção de imparcialidade.

Para começar a discussão, é necessário investigar a origem do problema: os debates constituintes e a consequente aprovação do artigo 226, §3º, da CF/88, que estabelece que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

2 EM BUSCA DA “VONTADE DA CONSTITUIÇÃO”

A Constituição Federal de 1988 surgiu de um debate intenso na sociedade brasileira. Mesmo que se questionem alguns problemas de composição e representatividade, pela falta de amadurecimento democrático naquele período, decorrente do fato de o país ter passado por trinta anos de supressão de liberdades, não se pode negar que vários setores da sociedade tiveram voz na assembleia constituinte e muitos assuntos polêmicos foram debatidos abertamente.

Os grupos de defesa dos direitos dos homossexuais também estiveram presentes nos debates parlamentares, embora, até onde sei, não houvesse deputados constituintes confessadamente homossexuais. Os partidos de esquerda assumiram, na prática, a bandeira de luta dos gays durante os debates constituintes. Os representantes das associações de defesa dos homossexuais foram convidados para exporem seus pontos de vista e apresentarem suas reivindicações perante os parlamentares que decidiriam o futuro do país.

Consultando os anais dos debates constituintes, é possível verificar que a principal reivindicação dos grupos de defesa dos interesses dos homossexuais era a inclusão, no texto constitucional, de forma expressa, da proibição de discriminação por motivo de orientação sexual. Essa pretensão foi incluída em um dos anteprojeto, mas gerou uma forte resistência de deputados mais conservadores.

Analisando os discursos parlamentares contra a inclusão, no texto constitucional, da proibição de discriminação por orientação sexual, percebe-se que vários deputados constituintes eram claramente preconceituosos em relação aos homossexuais e estavam dispostos a barrar qualquer tipo de proposta tendente a conceder direitos a esse grupo. Alguns discursos, se fossem pronunciados nos dias de hoje, certamente seriam enquadrados como *homofóbicos*, de tão carregados de preconceito contra as minorias sexuais.

Para alguns deputados constituintes a inclusão da proibição de discriminação por orientação sexual iria estimular a libidinagem, a imoralidade e a devassidão, introduzindo “maus costumes, entre nós, que só serviriam para perverter a ordem pública, os bons costumes e a moral”, além de expor “a sociedade a exageros” e ridicularizar as instituições. E mais:

No Rio de Janeiro e em várias outras partes do Brasil, vemos homossexuais vestidos e pintados como mulher. É uma liberdade, mas que fiquem por lá. Ainda assim, não se muda sua origem masculina, a não ser que façam uma operação. No início, no nascimento, foram registrados como homens. Quanto a esta parte, não estamos discutindo se essas pessoas andam aos grupos – homens homossexuais, mulheres lésbicas etc. Esse é um problema de cada um. O que estou discutindo é que não se deve colocar no texto da nossa Constituição essa aberração (FERREIRA, 1987, p. 34).

O curioso é que depois de dizer tudo isso o nobre deputado concluiu com as seguintes palavras:

Precisamos de uma Constituição séria, em que não sejam inseridas brincadeiras que nos ridicularizem, mas que enalteça o alto espírito do homem público, protegendo a moral em nossa Pátria, os bons costumes da ordem pública, enfim, a dignidade desses princípios. Com esses meus comentários não me refiro a A ou B. Estou apenas defendendo um ponto de vista, como os demais constituintes, porque acredito que cada um de nós aqui está para fazer um trabalho bem feito em benefício de todos, sem discriminar ninguém (FERREIRA, 1987, p. 34).

Outro deputado foi ainda mais direto quanto ao preconceito:

Quando V. Ex.^a estava falando sobre os homossexuais, lembramos que, lamentavelmente, a Câmara Municipal de Salvador, como se sabe – isto foi noticiado pelos jornais – reconheceu, há pouco tempo, um grupo de gays como de utilidade pública. Agora vejam bem, Srs. Constituintes, para onde se está caminhando! Se pelo menos aquela casa legislativa se preocupasse em criar um centro

de recuperação ou de reintegração dos homossexuais à sociedade eu estaria de acordo, pois, sem dúvida, isto seria um benefício e uma proteção para eles. Mas, simplesmente legalizar suas atitudes, acredito que é uma distorção da realidade! Tenho em mãos o jornal O Globo, que noticia que, de mil e duzentos presos na 5ª Delegacia do Rio de Janeiro, cem estão infectados pelo vírus da aids. O galpão da 5ª Delegacia, segundo o Desipe, possui um grande número de detentos homossexuais. Então, a aids – isto é indiscutível – e uma maldição resultante, até, desses desvios sexuais. Aqui fica, mais uma vez, nossa advertência. Ao lado de V. Ex.^a, sou contrário a que se mantenha no texto constitucional a expressão ‘orientação sexual’, que abre um leque para todo tipo de imoralidade (JESUS, 1997, p. 87).

O deputado Costa Ferreira também manifestou a mesma preocupação, assinalando que “se aprovarmos isso [a proibição de discriminação por orientação sexual], aí é que esta Nação vai acabar-se, rapidamente, com a epidemia da aids infectando todo o mundo”. E mais:

Se a expressão ‘orientação sexual’ for mantida aqui, no texto do Anteprojeto, haverá devassidão total. Sem isto, ela já está por aí! Todo mundo tem liberdade! O homossexual masculino sai por aí vestido de mulher, com peruca loura, sapato alto e tudo o mais!... Lésbicas saem vestidas de homem, cortam o cabelo, usam barba!... Quem é que está discriminando essa gente? E ainda é preciso colocar essa expressão, “orientação sexual” na Carta Magna, para tudo isso ficar mais ostensivo? Aí, sim, haveria discriminação! Por isso, Sr. Relator, em que pese a sua bondade gostaríamos de apelar a V. Ex.^a, a fim de que concorde conosco, retirando esta parte de seu trabalho. Com isso não se vai tirar o direito de ninguém. Pelo contrário, será enaltecido o legislador brasileiro. Muito obrigado. (Palmas) (FERREIRA, 1987, p. 88).

O certo é que, na redação final da Constituição de 1988, não foi incluída a proibição expressa da discriminação por orientação sexual, o que demonstra a força dos deputados mais conservadores.

A não inclusão da proibição de discriminação por orientação sexual na redação final da Constituição de 1988 não significa, obviamente, que foi autorizada a discriminação aos homossexuais. O que houve foi uma solução de compromisso: não se mencionou a proibição de discriminação por orientação sexual por se entender que tal proibição já estava implícita na proibição de preconceito de sexo e quaisquer outras formas de discriminação, constante no artigo 3º, inc. IV, da CF/88. Hoje, até mesmo os mais exaltados críticos da homossexualidade reconhecem que não se pode, no Brasil, discriminar os homossexuais¹².

¹² Costa Ferreira, que, como se viu, foi um dos deputados constituintes mais indignados com a inclusão da expressão “proibição de discriminação por orientação sexual” assinalou: “Deveremos fazer o que há de melhor para todos, sem prejuízo de ninguém. Manter essa expressão seria exagero. Já temos a palavra ‘sexo’. Ninguém é discriminado por seu sexo – aí, entendam como quiserem qual é o sexo. Não há necessidade de mais essa expressão ‘orientação sexual’ em nosso texto, apesar de todo nosso respeito àqueles que defendem sua permanência” (trecho de discurso do deputado constituinte Costa Ferreira, na Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher).

Essa questão foi bem compreendida pelo constituinte Paulo Bisol, que foi um dos maiores defensores da inclusão, no texto constitucional, da proibição de discriminação por orientação sexual. Ele disse, com razão, que o fato de a referida proibição ser incluída ou não no texto constitucional era, de certo modo, irrelevante, pois a discriminação já estaria proibida de qualquer jeito, a não ser que expressamente fosse autorizada. Vale conferir a passagem a seguir, que, a meu ver, sintetiza com perfeição o espírito da Constituição de 1988 nessa matéria. A citação é longa, mas esclarecedora:

Iniciando a apreciação das observações feitas a respeito do Relatório, quero tomar uma questão lógica como o primeiro problema a ser resolvido. Não basta levantar uma questão; é preciso que ela comporte uma decisão lógica, uma modificação lógica. Vou dar um exemplo: orientação sexual. A palavra está ali, objetivamente, e tem esse sentido, isto é, já está popularizada no sentido de que não se faça discriminação quanto aos homossexuais. Os homossexuais são uma minoria na sociedade brasileira. O artigo visa proibir as discriminações que prejudicam as minorias. Tenho aqui um pequeno livro de ética, escrito por William Froukema [*na verdade, o nome do filósofo é Frankena*], norte-americano e professor na Universidade de Michigan. Neste livro há esta frase – porque a ética também tem obrigação de ser lógica: ‘Um juízo particular vincula essencialmente o juízo geral. De modo que não se pode considerar justificado um juízo particular, a menos que se aceite o juízo geral implicado, e vice-versa’. Quer dizer, um juízo geral implica também o particular. Se estou relacionando as discriminações, não posso retirar do juízo geral discriminação alguma V. Ex.^a não acham isso lógico? Se, por exemplo, estou dizendo que é proibida a discriminação sobre sexo, não posso retirar a proibição da discriminação sobre a orientação sexual, pois na verdade, isto já está implicado no juízo geral. Então, se eu retirar reparem bem – do juízo geral, só posso retirá-lo por exceção. Então, não estou admitindo discriminações entre pessoas ou entre grupos. Porém, de repente, quero discriminar um grupo, o dos homossexuais. Quem quiser discriminar este grupo terá que achar uma saída para essa questão lógica. Ela é uma aporia lógica. E vou dizer qual é a saída. Tem que apresentar emendas, mais ou menos, nesse sentido: ‘É permitida a discriminação dos homossexuais’. Sejam moralmente responsáveis. Se quiserem retirar a orientação sexual do juízo geral da proibição das discriminações tirem-na, mas por exceção, não por manejos obscuros e caminhos tortuosos! Estamos perante a História. E o que está sendo dito e escrito, em termos de emendas, de projetos, de votos, vai ficar na História, sob responsabilidade nominal e individual. Colocarei no relatório, se houver a emenda: ‘A lei permitirá a discriminação dos homossexuais’. E se esta emenda for aprovada, eu a inserirei no texto, mas sem assunção moral da sua responsabilidade. Não posso modificar o Relatório neste particular, porque sou contra um dispositivo que cria a proibição da discriminação e faz, ao mesmo tempo, uma discriminação! O que é um absurdo lógico! A questão não é moral; é lógica, e simplesmente lógica! Não são válidos – e digo mais – não são moralmente válidos os argumentos que felizmente, hoje à tarde não aconteceram, mas foram empregados hoje, pela manhã no sentido de que estou abrindo as portas da libidinagem, ao colocar expressão a ‘orientação sexual’,

ou o homossexualismo como uma minoria que não deve ser discriminada. Este argumento da libertinagem é um falso argumento. Mas, tão flagrante e evidentemente falso que acho que a paixão pelo problema está obscurecendo a visão das pessoas relativamente a uma evidência. O argumento é este: o Relator está permitindo, nas repartições públicas, a cópula anal entre dois homens, a relação sexual entre duas mulheres, a *fellatio*. Mas, meus amigos, antes da orientação sexual é proibida a discriminação em razão de sexo. O fato de proibirmos a discriminação de sexo legitima a relação heterossexual nas repartições públicas? Que espécie estranha de raciocínio é este? Não! A boa fé está mostrando que os atos heterossexuais praticados em lugares inadequados serão punidos pela lei e que os atos homossexuais praticados em lugares inadequados serão punidos pela lei. O que vale para um vale para o outro! Acho que está faltando – digo isso com humildade – um pouco de lógica no raciocínio, está faltando um pouco de aprofundamento. Mas, repito, se apresentarem uma emenda honesta, dizendo que a lei permitirá a discriminação dos homossexuais, e se ela passar na votação, eu a acrescentarei. Só que eu vou registrar que não foi por minha culpa, é claro – não vou carregar perante a História esta responsabilidade (BISOL, 1987, p. 79).

Parece-me bastante óbvio o que Paulo Bisol desejou assinalar: os conservadores estavam criticando a inclusão no texto constitucional da expressa proibição de discriminação por orientação sexual, mas não tinham coragem de defender expressamente a autorização para que os homossexuais fossem discriminados. Assim, apesar de toda a polêmica em torno dessa questão, que gerou gritos de indignação dos parlamentares mais conservadores, é inegável que a Constituição Federal de 1988, embora não tenha previsto a proibição de discriminação por orientação sexual, não autorizou a discriminação aos homossexuais.

Até aqui, creio eu, a minha interpretação da história constituinte não gera maiores polêmicas. A controvérsia central, porém, não gira em torno da proibição de discriminação por orientação sexual, mas sim do reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, que também foi alvo de muitos debates constituintes. Havia, na verdade, dois debates: (a) a própria equiparação das uniões estáveis ao casamento e (b) a extensão da noção de união estável às relações homoafetivas.

Os parlamentares mais conservadores não queriam sequer que as uniões estáveis fossem protegidas. Para muitos deputados constituintes, o casamento seria a única forma legítima de constituição de família¹³. A maioria,

¹³ Confira-se, por exemplo, este discurso: “Sr. Presidente e Sr. Relator, continuando as observações que fiz na parte da manhã, gostaria de solicitar a especial atenção do Sr. Relator para alguns enunciados fundamentais que S. Ex^a coloca na versão preliminar de seu trabalho, relacionados com alguns itens que lentamente vamos descobrindo pela frente. Por exemplo, quanto à forma como S. Ex^a define a família. O item XVIII me revela que se foge ao padrão normal de família constituída, pois diz que é garantida a constituição de família pelo casamento e depois, por união estável baseada na igualdade entre homem e mulher. Acho que nem toda união estável pode significar família. Essa igualdade entre homem e mulher, não sei se é básica. Não entendi bem, e fiquei na dúvida. Daí o questionamento que faço. Isto porque, de modo geral, entende-se o que seria a união estável entre um homem e uma mulher – se bem que não está definido. Fico preocupado com esse avanço na definição de família. Foge aos padrões do Cristianismo.

contudo, preferiu aprovar a equiparação das uniões estáveis às uniões matrimoniais, seguindo a evolução natural da sociedade que, já naquela época, começava a aceitar as relações afetivas informais “sem papel passado”.

O debate, porém, prosseguiu para o nível seguinte: o que pode ser considerado como união estável? Não houve, até onde sei, nenhum parlamentar que defendesse abertamente o casamento gay. O tema, na época, era ainda um tabu e, pelo que se viu em torno dos debates sobre o problema da “discriminação por orientação sexual”, já se pode perceber que havia pouco ou nenhum espaço para um avanço tão grande nessa seara. Nem mesmo os deputados simpáticos à causa dos homossexuais defenderam abertamente o casamento gay ou mesmo a união estável homoafetiva. A esse respeito, pode-se colher o seguinte trecho de um discurso de Paulo Bisol que, como se viu, era favorável aos direitos dos homossexuais:

Quanto ao problema da família, o nobre Constituinte estranhou a expressão ‘união estável’, como se ela incluisse a possibilidade de uniões entre homossexuais. Nobre Constituinte, não estou preocupado com as uniões dos homossexuais. Se eles querem fazer, que as façam! Desde que isto não se converta num escândalo social, é um direito deles. A palavra ‘casamento’ também não evita, em si mesma essa expressão. Porque eles falam em casamento! Tenho lido nos jornais e até ouvi um Constituinte, aqui, falar: ‘Estamos permitindo casamento de homossexuais?’ Meu Deus, não se trata disso! Apenas se trata de dizer que os homossexuais são seres humanos! E aqui disseram até que é uma questão de nascimento. Não vou a tanto. Acho que é mais um problema cultural e de formação. Mas, não entro em discussão. O que eu quero dizer é que os homossexuais não me perturbam. Acho que eles são pessoas humanas. E creio que ninguém tem o direito de não empregar um homem competente por ser ele um homossexual! É isto. Aqui argumentaram que eu estava colocando a expressão ‘orientação sexual’ no sentido de autorizar a cópula homossexual, por exemplo, dentro de um quartel. Mas, meu Deus, dentro de um quartel, um lugar inadequado, a cópula homossexual é uma transgressão disciplinar! Entenderam? Será que não é simples isso? Qualquer cópula num lugar inadequado, ou em público, é uma transgressão disciplinar. Não estou autorizando essa transgressão disciplinar. Agora. V. Exas. me desculpem, mas, na intimidade deles, eles farão o que quiserem, porque nós na nossa heterossexualidade, fazemos. Ou não fazemos! Porque somos livres! Que negócio é esse de restringir a liberdade dos outros, quando eles não afetam a nossa liberdade? Não é este o discurso de todos, ou seja, que todo mundo é livre naquilo que não afeta os outros? A mim a homossexualidade dos outros não afeta. Não sei se os Constituintes se sentem

E o Brasil é um País de cristãos, em sua maioria. Devemos, realmente, respeitar o costume da maioria, que é o de constituir família por contrato civil, dentro das normas já estabelecidas na lei ordinária, ou, quando constituída a sociedade entre um homem e uma mulher através da igreja a que pertencem, seja esse contrato levado a registro para os efeitos civis. Fugir daí é um avanço muito grande, que redundaria em retrocesso na disciplina da célula mater de qualquer sociedade, que é a família. Vemos, hoje, a televisão solapar, por todos os meios imagináveis e inimagináveis as bases da família, tentando destruí-la, para acabar com o conceito de fidelidade àquilo que assumimos” (trecho de discurso do constituinte José Mendonça Moraes na Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher).

afetados pela homossexualidade dos outros. A mim, não afeta. E eu conheço homossexuais tremendamente responsáveis, pessoas de caráter, inteligentes, com capacidade de trabalho! E nutro por eles o mais profundo respeito! Porque não sou o modelo de ninguém. A minha heterossexualidade é uma pessoal, não afeta ninguém. Eu resolvo. E, se alguém não quiser ser heterossexual, tem esse direito, não vai me incomodar (BISOL, 1987, p. 59).

Mas, ao mesmo tempo, ele arrematou:

Então, a união estável, por suposição natural, é entre o homem e a mulher, nobre constituinte. Nem me passa pela cabeça legislar sobre as outras. Repito: casamento não seria uma palavra que evitaria esse tipo de união homossexual. Acho, pois, que não há o que retificar aí (BISOL, 1987, p. 59).

Esse tema, portanto, não gerou um debate parlamentar mais intenso, já que o casamento gay não estava em pauta (“nem passou pela minha cabeça”, disse Paulo Bisol) e não havia, a rigor, qualquer constituinte disposto a defender ferrenhamente essa tese. O que foi discutido e decidido foi a aprovação da equiparação da união estável ao casamento.

Apesar de o texto do anteprojeto até então aprovado não se referir à união estável homoafetiva, vários setores da sociedade chegaram a sugerir que, uma vez equiparada a união estável entre homem e mulher ao casamento, estar-se-ia abrindo a possibilidade para o reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo e, para muitos parlamentares, isso seria um escândalo. Para evitar esse tipo de interpretação do texto constitucional, um grupo de parlamentares propôs a inclusão dos artigos “o” e “a” (“união estável entre *o* homem e *a* mulher”) na redação final da Constituição de 1988, e a tese acabou prevalecendo.

A síntese desse debate pode ser extraída da seguinte passagem:

O SR. CONSTITUINTE GASTONE RIGHI: –Finalmente a emenda do Constituinte Roberto Augusto. É o Artigo 226, § 3º Este parágrafo prevê: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.” Tem-se prestado a amplos comentários jocosos, seja pela imprensa, seja pela televisão, com manifestação inclusive de grupos gays através do País, porque com a ausência do artigo poder-se-ia estar entendendo que a união poderia ser feita, inclusive, entre pessoas do mesmo sexo. Isto foi divulgado, por noticiário de televisão, no show do Fantástico, nas revistas e jornais. O bispo Roberto Augusto, autor deste parágrafo, teve a preocupação de deixar bem definido, e pede que se coloque no § 3º dois artigos: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Claro que nunca foi outro o desiderato desta Assembléia, mas, para se evitar toda e qualquer malévolos interpretação deste austero texto constitucional, recomendo a V. Ex.^a que me permitam aprovar pelo menos uma emenda.

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): Concedo a palavra ao Relator.

O SR. CONSTITUINTE GERSON PERES: – A Inglaterra já casa homem com homem há muito tempo.

O SR. RELATOR (Bernardo Cabral): – Sr. Presidente, estou de acordo.

O SR. PRESIDENTE (Ulysses Guimarães): – Todos os que estiverem de acordo permaneçam como estão. **(Pausa)** Aprovada. **(Palmas)**.

Aparentemente, a narração da história constituinte até aqui poderia servir para criticar a decisão do STF. Afinal, se tomarmos como parâmetro a vontade manifestada na passagem anterior, parece claro que a intenção dos constituintes não era permitir a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Como então justificar a decisão do STF? Não teriam, de fato, os ministros da mais alta corte violado os “limites semânticos da Constituição”, como defendeu Lênio Streck? Não teriam os ministros substituído as preferências dos constituintes pelas suas próprias preferências pessoais, arvorando-se no papel de poder constituinte derivado sem legitimidade para tanto?

A resposta a essa questão não é fácil, pois pressupõe a construção de uma intrincada teoria de interpretação constitucional, além de um aprofundamento em alguns temas de filosofia política e filosofia moral, o que certamente não caberia nos estreitos limites de um artigo despretensioso como este. Portanto, vou abordar apenas alguns aspectos de mais fácil compreensão a fim de defender a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Ao invés de entrar na delicada questão de saber qual é a melhor forma de interpretar a Constituição, ficarei no básico das teorias hermenêuticas, sem fugir da tradicional ideia de que interpretar é obter o melhor sentido do texto. Também evitarei desenvolver qualquer tipo de solução mais sofisticada, envolvendo, por exemplo, o *controle de convencionalidade* de normas constitucionais, em que os tratados internacionais que proíbem a discriminação poderiam ser invocados para anular o texto constitucional. Evitarei, do mesmo modo, desenvolver qualquer teoria mais sofisticada sobre a inconstitucionalidade das normas constitucionais, sugerindo a prevalência de *princípios de justiça superiores* que poderiam ser invocados para incluir os homossexuais no mesmo patamar de dignidade atualmente reconhecida aos heterossexuais. Creio que nada disso é necessário no presente caso.

Também poderíamos partir para uma estratégia argumentativa mais radical, questionando a própria legitimidade da assembleia constituinte ou pelo menos daqueles setores mais conservadores, que teriam usurpado o poder popular usando a religião para arregimentar eleitores. Ou então dizer que a democracia representativa possui falhas intrínsecas que deturpam a vontade geral, e

que, portanto, caberia ao órgão de jurisdição constitucional corrigir as distorções desse modelo, sobretudo para proteger os grupos politicamente enfraquecidos contra o preconceito da maioria. Esse discurso radical tem o seu fundo de verdade, mas certamente não convenceria os juristas mais tradicionais, que jamais seriam capazes de colocar em dúvida a autoridade da Constituição. Como a minha pretensão é dialogar até mesmo com os juristas mais conservadores, partirei do senso comum de que a Constituição é a norma suprema e todos, sobretudo os membros do Judiciário, devem obedecê-la incondicionalmente e zelar pela sua integridade. Sendo assim, tentarei desenvolver uma proposta interpretativa que não fuja dos “limites semânticos da Constituição”, usando apenas os pressupostos clássicos do pensamento jurídico, ainda que, a meu ver, eles nem sempre sejam adequados para solucionar casos difíceis.

3 O QUE ESTÁ EM JOGO?

De início, é preciso saber o que está, de fato, em jogo nessa questão, porque certamente não se trata de uma discussão meramente abstrata, nem apenas de uma briga de egos pelo rótulo “família”. O resultado desse debate definirá, em última análise, se os casais homoafetivos merecerão a mesma proteção jurídica conferida aos casais heteroafetivos. O que está em jogo, portanto, é saber que direitos os homossexuais são merecedores quando resolvem formar uma união contínua e assumir compromissos duradouros entre si.

Pessoas casadas ou vivendo em união estável heteroafetiva recebem do Estado vários direitos que não são estendidos a pessoas solteiras e, até então, não eram estendidos a casais homoafetivos. A possibilidade de deduções no imposto de renda é maior; há o direito de recebimento de pensão de morte quando houver o falecimento de um dos cônjuges; o plano de saúde familiar é mais barato; em caso de morte, a transmissão dos bens para o cônjuge sobrevivente é mais fácil; no direito administrativo, o servidor público pode acompanhar seu cônjuge ou companheiro em caso de transferência ou remoção *ex officio*, bem como obter licença para tratamento de saúde do companheiro/cônjuge, e assim por diante. Há, naturalmente, em contrapartida, os ônus e deveres próprios de uma relação familiar, inclusive de índole patrimonial, como o dever de prestar alimentos ao dependente em caso de separação, comunhão dos bens adquiridos pelo casal e as demais responsabilidades próprias da uma relação familiar.

Vale ressaltar que, muito antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, essas questões já vinham sendo decididas pelas instâncias ordinárias da justiça brasileira e, de forma quase pacífica, os direitos dos homossexuais vinham sendo reconhecidos judicialmente. Há pelo menos uns quinze anos a ju-

risprudência nacional equiparava a união estável homoafetiva às uniões estáveis heteroafetiva para inúmeros fins sem que isso gerasse tamanha polêmica¹⁴. Raras eram as decisões em sentido contrário. A decisão do STF teve o efeito apenas de permitir que tais direitos fossem concedidos independentemente de ação judicial, pacificando a questão a favor dos homossexuais. As críticas, portanto, sobretudo aquelas que beiram a histeria, alarmando contra um ativismo judicial desenfreado e inconsequente, parecem exageradas se olhadas nesse contexto, já que o STF nada mais fez do que consolidar uma jurisprudência pacificada pelas instâncias ordinárias.

Outro direito polêmico, que tem gerado uma grande indignação retórica por parte dos que são contrários aos direitos dos homossexuais, esconde um falso problema jurídico. Refiro-me à adoção de crianças por casais homoafetivos. Atualmente, o Código Civil autoriza que uma pessoa solteira, independentemente de opção sexual, adote uma criança. Então, na prática, os homossexuais já vinham adotando crianças normalmente na qualidade de pessoas solteiras, incluindo apenas um dos membros do casal como adotante. A decisão do STF também não revoluciona essa questão, pois apenas vai permitir que, de agora em diante, os dois membros do casal homoafetivo possam adotar ao mesmo tempo, o que certamente dará uma proteção ainda maior à criança¹⁵.

Como se vê, existem várias vantagens jurídicas em constituir família, pois essa condição habilita a entidade familiar a receber uma série de benefícios materiais, econômicos e não econômicos, por parte do Estado. Há benefícios fiscais, sociais, sucessórios, administrativos, previdenciários, entre inúmeros outros. É um equívoco achar que o que está em jogo é apenas o direito de usar o rótulo de entidade familiar ou de ter as suas disputas de relacionamento regidas pelo direito de família e não pelo direito das obrigações. Há muito mais direitos em jogo. A questão é saber se essas vantagens podem ser negadas aos casais entre pessoas do mesmo sexo que vivem junto, em união duradoura e estável, já que as uniões estáveis heteroafetivas gozam das mesmas vantagens dadas às uniões matrimoniais formalizadas pelo casamento.

¹⁴ Em matéria previdenciária, por exemplo, desde o ano 2000, o INSS, em cumprimento a uma ordem judicial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Proc. 2000.71.00.009347-0), já havia sido obrigado a reconhecer a validade das uniões homoafetivas, tendo regulamentado a questão administrativamente, por instrução normativa (IN 45/2000), para estender aos casais homoafetivos os direitos previdenciários assegurados aos casais heteroafetivos (pensão por morte e auxílio-reclusão).

¹⁵ Ressalte-se que a jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, já vinha reconhecendo que os casais homossexuais poderiam adotar crianças, na condição de entidade familiar equiparada à união estável, baseando-se, sobretudo, no princípio de melhor proteção aos direitos da criança: STJ, REsp 889.852/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 10/08/2010.

4 INTERPRETANDO A CONSTITUIÇÃO

Há, pelo menos, três enunciados constitucionais relevantes para a correta solução do problema: (a) a proibição de discriminação (artigo 3º, inc. IV); (b) a proteção jurídica à família (artigo 226); (c) o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar (artigo 226, §3º). Deixarei aqui de incluir outros artigos igualmente relevantes, inclusive de tratados internacionais ou normas de índole principiológica (dignidade, solidariedade, justiça, laicidade do Estado etc.), porque para rebater as críticas ao julgamento do STF é suficiente mirar apenas nesses três dispositivos.

A pergunta central da discussão pode ser formulada de duas maneiras:

1. As uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo podem ser reconhecidas como entidade familiar equiparadas ao casamento para fins de proteção jurídico-estatal, do mesmo modo que são protegidas as uniões estáveis entre homem e mulher?

2. A legislação infraconstitucional pode adotar medidas de discriminação negativa em relação aos casais homoafetivos, negando a esses casais benefícios concedidos aos casais heteroafetivos que vivem em união estável?

Os críticos costumam formular apenas a questão número 1. E rapidamente respondem-na com um sonoro não, invocando, para tanto, a “intenção original do constituinte brasileiro” ou a “vontade da Constituição”, seja lá o que isso significa. Assim, a segunda questão é respondida apenas implicitamente, como se a discriminação dos homossexuais decorresse naturalmente da leitura do texto constitucional e fosse fruto de uma vontade inquestionável de um ente supostamente real chamado “constituinte”.

Muitos juristas que seguem essa linha baseiam-se em uma teoria interpretativa que pode ser designada como *intencionalismo* ou *interpretativismo*. Segundo essa perspectiva, o juiz deve interpretar os textos jurídicos conforme a intenção daqueles que os elaboraram no momento de sua aprovação. Assim, a solução dos problemas jurídicos, mesmo daqueles que envolvam a correta interpretação de um texto, seria uma *questão de fato*: caberia ao jurista investigar empiricamente a intenção daquela autoridade que editou a norma, a fim de descobrir a sua vontade autêntica.

Vários são os juristas que, a seu modo, defendem que o juiz deve interpretar a lei de acordo com esse método. Savigny, por exemplo, dizia que o intérprete da lei deveria “se colocar na posição do legislador e deixar que se formem, por esse artifício, os respectivos ditames”. Windscheid, do mesmo modo, defendia que o jurista deveria buscar, na interpretação das leis, o sentido que “o legislador ligou às palavras por ele utilizadas” e executar o pensamento do legis-

lador, levando em consideração tanto as circunstâncias jurídicas que estiveram presentes no seu espírito quando ditou a lei quanto os fins por ele perseguidos. Schönfeld, de igual modo, sustentava que a integração do direito deveria ocorrer “segundo o espírito e o sentido da lei na qual se encontra”, devendo o juiz atuar como uma espécie de *representante do legislador*. Philipp Heck e os adeptos da “jurisprudência dos interesses” exortavam os juizes a investigarem as valorações do legislador e a aplicarem os mesmos juízos de valor contidos na lei (sobre essas teorias: LARENZ, 1994).

No âmbito do Direito Constitucional, o *intencionalismo* costuma ser designado, sobretudo na cultura anglo-saxã, de *originalismo*, que tem como premissa a ideia de que a Constituição tem um sentido fixo, estabelecido no momento de sua promulgação por aqueles que a elaboraram (os norte-americanos usam a expressão *founding fathers* para se referirem aos fundadores do país). Dentro dessa perspectiva, caberia aos juizes, ao interpretarem a Constituição, tentarem descobrir a intenção subjetiva dos fundadores do país a partir de uma investigação dos debates parlamentares desenvolvidos na ocasião da aprovação do texto, a fim de tentar captar o que os seus autores tinham em mente quando o redigiram ou então o sentido razoável do texto na época de sua promulgação.

Essas propostas metodológicas têm dois argumentos de peso a seu favor: em primeiro lugar, preocupam-se com os princípios da democracia e da separação de poderes, já que o Judiciário estaria seguindo exatamente as instruções pretendidas pelo parlamento; em segundo lugar, tentam tornar a atividade judicial mais objetiva e politicamente neutra, no sentido de que os juizes não estariam julgando com base em suas próprias preferências pessoais, mas sim com base nas preferências dos legítimos representantes do povo.

Apesar disso, é possível formular várias objeções a esse método de raciocínio jurídico¹⁶. Em primeiro lugar, não existe algo como o legislador ou o constituinte, pelo menos nas democracias modernas, marcadas por vontades plurais e ideologicamente diversas. O que existe é um grupo de parlamentares responsáveis por aprovar as leis ou a Constituição, dentro de um processo legislativo complexo, imprevisível e volátil, onde diversos fatores contingenciais influenciam a formação da vontade. Raramente, há unanimidade entre os congressistas, pois cada parlamentar está representando interesses específicos que, em geral, são contraditórios e inconciliáveis. O “legislador” ou o “constituinte”, como algo real e personificado, pelo menos nas democracias modernas, não é *um* ser real, com uma vontade única e com um único interesse a ser levado em conta, mas *vários* políticos com visões e interesses bem diferentes entre si.

¹⁶ Baseio-me aqui em alguns argumentos por mim desenvolvidos, mas também presentes em DWORKIN, 2001, PP. 471/474.

E, mesmo que houvesse um único legislador, seria bastante difícil abrir o seu cérebro para analisar seus pensamentos conscientes e inconscientes. Ainda não desenvolvemos uma tecnologia suficientemente avançada que permita, de forma telepática, ler a mente de outras pessoas. Por isso, saber o que se passou na cabeça de cada um dos membros da assembleia constituinte quando foi aprovado o texto constitucional significa, na maioria das vezes, entrar em um jogo de adivinhação sem qualquer base racional, até porque a vontade dos parlamentares é dinâmica, pois o jogo político não segue uma lógica cartesiana, onde sempre vence a solução mais racional. No debate parlamentar não há uma obrigação absoluta de coerência: um parlamentar pode ser a favor de uma tese em um dado momento e, no dia seguinte, pode mudar de lado conforme a conveniência política.

Tente, por exemplo, imaginar o que se passou na cabeça de cada deputado constituinte no momento em que o Presidente da Assembleia Constituinte afirmou que “aqueles que concordam com a alteração do artigo 226, §3º, da CF/88, para incluir a expressão ‘entre o homem e a mulher’ permaneçam como estão”. Esse momento não deve ter durado nem dez segundos. Que tipo de ponderações mentais influenciou a decisão de todos os deputados, até mesmo daqueles que eram favoráveis aos direitos dos homossexuais? Todos estavam conscientes e desejavam que os casais homoafetivos fossem discriminados? Será que todos compreendiam todas as consequências futuras que aquela deliberação poderia vir a ter? O horário da votação influenciou o resultado? A fome e o desejo de terminar aquela votação o mais rápido possível para poder descansar teve alguma relevância na tomada de posição? A influência da liderança do partido induziu alguém a votar? Houve acordos de bastidores, que, possivelmente, alterariam a vontade real de cada parlamentar? Como extrair desse jogo mental uma vontade autêntica e unívoca, sobretudo quando o texto não é tão explícito quanto à permissão para a discriminação dos homossexuais?

A deferência judicial ao interpretar a Constituição conforme a intenção dos membros da Assembleia Constituinte é salutar, mas muito difícil de ser operacionalizada na prática. Como assinalou Dworkin, “se a intenção legislativa busca permanecer fiel aos princípios democráticos, uma exigência mínima deve ser satisfeita: um número suficiente dos que votaram a favor de uma lei deve ter uma compreensão comum, de modo que esse número sozinho pudesse ter aprovado a lei, mesmo que todos os outros – os que não compartilhavam dessa compreensão – tivessem votado contra”. Daí porque “a ideia de uma compreensão legislativa coletiva é de uso limitado”, já que “é muito difícil para um tribunal descobrir, anos após o fato, qual foi a compreensão de algum legislador específico, de modo que é difícil saber qual foi a intenção proposta” (DWORKIN, 2001, pp. 480/481).

Nem sempre é possível interpretar a Constituição seguindo a vontade original dos constituintes, até porque há vários constituintes com opiniões

conflitantes dentro da mesma assembleia e muitos deles sequer tinham ideia de como seria a sociedade brasileira vinte anos depois, nem poderiam prever todas as consequências futuras de sua opção. Caso seja adotada essa ideia de que o juiz deveria buscar a intenção originária dos deputados constituintes, surgiriam várias dúvidas daí decorrentes: os juízes deveriam agir como os constituintes do bloco majoritário ou de algum bloco minoritário? Como parlamentares de direita ou de esquerda? Liberais ou conservadores? Deve-se levar em conta apenas as opiniões dos parlamentares com algum papel de liderança ou também vale a opinião dos deputados sem qualquer expressão política? Deve-se buscar as intenções dos constituintes do presente (como eles pensam hoje) ou do passado (como eles pensavam quando votaram a Constituição)?

Creio que ninguém sugeriria qualquer uma dessas opções de forma taxativa, já que ninguém espera de um julgador que tome partido sobre uma determinada questão movido primordialmente por suposições místicas. Os interesses que causaram a lei devem, sem dúvida, ser levados em conta pelo juiz, mas não como critério absoluto de julgamento, até porque a interpretação da lei depende do contexto e o contexto muda com o passar do tempo. Os critérios da decisão judicial devem ser baseados em uma concepção de imparcialidade onde o interesse de todos os envolvidos seja tratado com igual respeito e consideração, especialmente porque a Constituição de 1988 é toda alicerçada nessa ideia¹⁷.

Mas, para que o debate prossiga, vamos conceder, pelo menos para fins argumentativos, que, se for possível descobrir a intenção originária dos constituintes, os juízes deveriam segui-la incondicionalmente, por mais tola e preconceituosa que seja essa vontade. Particularmente, não penso que deva ser assim, pois acredito que o método originalista não é o melhor método de interpretação da Constituição. Apesar disso, argumentarei dentro dessa linha de raciocínio a fim de poder dialogar com os críticos.

5 QUAL ERA A AUTÊNTICA INTENÇÃO DOS CONSTITUINTES?

De início, é preciso reconhecer a plausibilidade da tese de que a intenção original de alguns constituintes (talvez da maioria) fosse, de fato, negar aos homossexuais qualquer tipo de direito relacionado à família. A análise dos debates constituintes pode levar a esse entendimento.

Mas essa plausibilidade não é tão clara e inquestionável quanto aparenta à primeira vista. Foram poucos deputados constituintes (menos de dez) que discursaram expressamente sobre o assunto, e seus discursos ou são

¹⁷ Obviamente, estou aqui invocando, de um modo bastante simplificado, a proposta de Ronald Dworkin, que é um ferrenho crítico do originalismo interpretativo.

notoriamente contrários ao que foi aprovado ou não são expressos quanto à possibilidade de discriminação negativa aos casais homoafetivos. Como se viu, houve deputados que foram contrários à própria união estável como um todo e certamente não foi essa a intenção prevalecente. Outros defendiam, bem ao estilo da lógica NIMBY¹⁸, até mesmo a proibição de manifestações homossexuais em lugares públicos¹⁹, o que também não foi aprovado. Outros eram incoerentes: ora diziam que os homossexuais não podiam ser discriminados, ora diziam que o homossexualismo era uma aberração²⁰. Tomar como base essas manifestações isoladas de deputados com pouca expressão política para tentar captar a intenção dos constituintes é tomar a parte pelo todo. Pior: é tomar a parte ruim pelo todo.

Na minha leitura dos fatos históricos, penso que houve um compromisso de cavalheiros com os interesses alheios. Não havia, na assembleia constituinte, ninguém que quisesse comprar, verdadeiramente, uma briga em favor dos homossexuais. Porém, também não havia ninguém que tivesse coragem de incluir, de forma explícita, uma autorização para que os homossexuais fossem perseguidos, discriminados ou menosprezados. A questão, então, foi tratada de forma velada: os conservadores imaginaram que, ao incluírem a expressão “entre o homem e a mulher” automaticamente estar-se-ia negando aos casais homossexuais o direito de serem tratados como entidade familiar. O texto que passou, a rigor, não diz nada disso. Diz apenas que será reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, mas não exclui a possibilidade de reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas. Não há, de forma clara, um conceito expresso de entidade

¹⁸ NIMBY é um acrônimo inglês de “Not In My Back Yard”, que pode ser traduzido como “não no meu quintal”. Apesar de ser utilizado por urbanistas para se referirem àquelas construções que ninguém quer ter por perto de sua casa (como os presídios, fábricas poluidoras, usinas nucleares, aterros sanitários etc.), também se aplica com perfeição ao mundo dos direitos fundamentais. Há muita gente que defende a democracia, a liberdade e a igualdade, mas “não no meu quintal”, ou seja, defende uma ampla tolerância e abertura para as suas idéias, mas quando se depara com valores pregados por outros grupos simplesmente se nega a aceitar tê-los por perto ou mesmo ouvi-los. A síndrome NIMBY é bastante visível com relação à discriminação por orientação sexual. Muitas pessoas defendem um tratamento igualitário para as minorias sexuais, desde que cada um se mantenha em seu próprio lugar. Também é possível verificar o mesmo fenômeno em assuntos de religião.

¹⁹ “Não estamos contra quem tenha desvio sexual! Que pratique seus atos, desde que encontre seus parceiros, e o faça lá, às ocultas, mas não publicamente, de modo cínico, faltando com o respeito à sociedade. Até mesmo no caso do homem e da mulher, que têm o privilégio de se unir publicamente, não em termos de sexo, mas de se abraçarem, de trocarem carinhos, quando o fazem de público já estão sob alguma censura, quanto mais uma pessoa que seja homossexual! Por que não podem ser discriminados, agora podem beijar-se em público?” (trecho do discurso do Deputado Costa Ferreira, na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher).

²⁰ Confira esse trecho do discurso do Deputado Costa Ferreira: “Não aceitamos discriminação de espécie alguma, nem com o idoso, nem com o religioso, nem com o homossexual, mas também não aceitamos, de maneira alguma, que se modifiquem os padrões e os níveis de compreensão para implantar-se uma nova ordem que, por certo, irá liquidar com a estrutura moral deste País”. É possível entender a intenção do nobre deputado? E este outro trecho: “não podemos permitir que homossexuais, por exemplo, se casem, quer, dizer, homem com homem, mulher com mulher. Isso seria um desastre. Não se pretende discriminar, mas, sim, proteger a sociedade”.

familiar no texto constitucional. O artigo 226, § 3º, da CF/88, diz menos sobre a questão das uniões homoafetivas do que aquilo que os que são contra os direitos dos homossexuais enxergam. Daí porque é impossível dizer se, realmente, a “vontade do constituinte” fosse excluir, de plano, a possibilidade do reconhecimento da união estável homoafetiva. Obviamente, também é impossível dizer que os constituintes desejavam estender a proteção da família às uniões estáveis homoafetivas. Aliás, somente um intérprete muito mal intencionado diria que os constituintes desejaram, sem sombra de dúvidas, equiparar os casais homossexuais aos casais heterossexuais.

A grande chave para a solução do problema não está, portanto, apenas no artigo 226, § 3º, da CF/88, mas, sobretudo, na proibição de discriminação por quaisquer motivos, inclusive, é óbvio, por orientação sexual. Penso que a estratégia dos conservadores de achar que bastava incluir no texto constitucional a expressão “entre o homem e a mulher” para evitar qualquer dúvida interpretativa sobre as uniões estáveis homoafetivas foi uma tentativa malograda de discriminar sem sair tão mal na foto. Eles deveriam ter sido mais explícitos, pois uma discriminação tão séria e tão contrária ao restante do texto constitucional, não poderia ser velada. Qualquer discriminação aos homossexuais teria que ser manifesta, o que certamente impediria a aprovação do texto, pois poucos deputados compactuariam com a discriminação explícita. A redação da Constituição, para afastar qualquer dúvida, teria que ser mais ou menos assim: “é proibida a concessão aos casais formados por pessoas do mesmo sexo dos mesmos direitos concedidos aos casais formados entre o homem e a mulher”.

Para reforçar essa hipótese, invoco novamente aquela esclarecedora passagem do discurso do deputado Paulo Bisol, onde ele diz, com acerto, que se não fosse aprovada uma expressa previsão constitucional permitindo a discriminação aos homossexuais (e não foi aprovado nada nesse sentido), “*o que vale para um [heterossexuais] vale para o outro [homossexuais]*”. Há outra passagem de seu discurso que segue a mesma ideia e esclarece ainda mais a questão:

Estou entre os que não excluem os homossexuais da humanidade. Estou entre os que respeitam os homossexuais como pessoas. Estou entre os que não querem que eles sejam discriminados. Mas, além desse aspecto, sou democrata. Se a maioria quiser discriminá-los – e eu deixei isso bem claro, ontem – discrimine-os. Nós, aqui, estamos assumindo responsabilidades históricas. Eu assumo a responsabilidade de não discriminá-los. E quem quiser assumir a de discriminá-los, assumam-a. Isto é a liberdade. Se houver maioria, eu me sujeito a ela. Nem acho que isso seja de tanta relevância, mas que os discriminem corajosamente, explicitamente. É um pedido de natureza moral. Querem discriminá-los, discriminemos. Escrevam e assinem! (...) Será que não dá para entender que, de repente, eu digo que é proibido discriminar as minorias e, no entanto, não quero que incluam lá, no texto exemplificativo, a orientação sexual? Por quê? Não é

para proibir essa discriminação? Os que estão preocupados com este problema, que não me parece relevante, a não ser no sentido ético, têm que me explicar. Estou aqui para ser convencido. O que é que desejam? Querem que eu ponha no anteprojeto que a lei permitirá a discriminação por orientação sexual? É isso que pretendem? Mas, então, está faltando clareza! Peçam isso, discutam isso!

Ontem sugeri – e volto a sugerir: o dispositivo que proíbe a discriminação, quando faz referência aos elementos geradores da discriminação, é exemplificativo, não é exaustivo. Mesmo que não se falasse em sexo, a discriminação de sexo estaria proibida. Mas, como temos problemas culturais, insiste-se, redonda-se, aprofunda-se a exigência. Sugiro, portanto, que aqueles que querem fazer uma exceção na proibição da discriminação que o façam. Nossa idéia é democrática. Acho eu que a idéia democrática do povo brasileiro é a de que não haverá discriminação de espécie alguma. Agora, se o povo brasileiro quiser eliminar uma discriminação, legitimar uma discriminação, então, que me apresente uma emenda, que tem que ser mais ou menos nestes termos: ‘a lei permitirá a discriminação de homossexuais’. É uma questão lógica! (BISOL, 1987, p. 93).

Pela leitura dessa passagem, observa-se que os constituintes tinham plena consciência de que qualquer discriminação aos homossexuais teria que ser expressa. Como se sabe, nenhum constituinte chegou ao ponto de sugerir a inclusão da explícita da permissão para discriminação aos homossexuais no texto constitucional, de modo que prevalece, nessa seara, o princípio geral da não discriminação, que tem aplicação direta e imediata, ou seja, não depende de lei para ser aplicado. Portanto, mesmo aqueles deputados que aprovaram a redação do artigo 226, §3º, da CF/88, não tinham necessariamente a intenção de dizer que os casais homossexuais poderiam ser discriminados negativamente e qualquer afirmação em contrário é mera especulação.

Aliás, já que estamos no campo das especulações, imagino que seria bastante difícil que a maioria dos constituintes tivesse em mente, ao aprovar o referido parágrafo, que fosse possível conceder um benefício fiscal a casal heterossexual e negar o mesmo benefício a um casal homossexual, apenas em razão dessa opção sexual. Também acho bastante improvável imaginar alguém com uma mentalidade tão maldosa ao ponto de não permitir, deliberadamente, a concessão de licença para tratamento de saúde do companheiro apenas porque o companheiro é do mesmo sexo. Do mesmo modo, dificilmente alguém poderia pensar que as regras sucessórias relativas a um casal homossexual seguissem uma lógica diferente daquelas regras aplicáveis a um casal heterossexual. Nada disso foi debatido claramente durante a assembléia constituinte, de modo que não se poder concluir qual seria a vontade dos constituintes a respeito disso.

Se fosse possível perguntar, hoje, a cada um dos deputados que participaram da votação do texto constitucional o que eles pensam sobre cada um desses assuntos, seria muito complicado, do ponto de vista lógico, que eles negas-

sem os direitos dos homossexuais sem caírem em contradição. Não há dúvida de que alguns deputados acreditavam que a inclusão da expressão “entre o homem e a mulher” iria impedir o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, pois foi exatamente isso que eles disseram. Mas muitos outros deputados podem ter entendido que a união homoafetiva não estava em debate e aprovaram o texto apenas para garantir a equiparação da união estável ao casamento. E certamente foi esta a principal intenção dos constituintes ao aprovarem o referido artigo 226, § 3º, da CF/88: acabar com a velha ideia de que apenas as relações matrimoniais merecem plena proteção jurídica do Estado. Mesmos as uniões afetivas “sem papel passado” podem gozar as mesmas vantagens concedidas aos casais “de papel passado”. É isso e nada mais do que isso que se pode extrair, com toda certeza, da leitura do referido artigo. Os discursos disponíveis hoje são completamente insuficientes para se ter uma certeza sobre o que, de fato, se passou na cabeça de todos os parlamentares acerca das uniões homoafetivas.

6 A INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL É TÃO ABSURDA ASSIM?

Mesmo sendo capaz de reconhecer a razoabilidade da interpretação constitucional apresentada pelos críticos, no sentido de que não foi a intenção dos constituintes reconhecer a validade jurídica das uniões estáveis homoafetivas, entendo que essa não é a única interpretação possível, muito menos a melhor. O texto constitucional, a meu ver, é ambíguo e deixa a questão das uniões estáveis homoafetivas em aberto, dando ao Judiciário a possibilidade de decidir a questão com base em outros preceitos constitucionais.

Podem ser identificadas pelo menos quatro interpretações possíveis do tratamento constitucional das relações homoafetivas.

Pela primeira, os constituintes desejavam proibir a equiparação das uniões homoafetivas às demais formas de entidade familiar e, conseqüentemente, o legislador poderia negar aos casais homossexuais os mesmos direitos concedidos aos casais heterossexuais. Esta é a interpretação dos críticos à decisão do Supremo Tribunal Federal, que tem como ponto forte a seu favor a manifestação de vontade expressa de alguns membros da assembleia constituinte com feição mais conservadora que tiveram a intenção, ao incluírem no texto constitucional, a expressão “entre o homem e a mulher”, evitar qualquer extensão dos direitos familiares aos homossexuais. Por outro lado, como ponto negativo, essa interpretação acarreta uma *capitis deminutio* aos homossexuais, colocando-os como sujeitos de segunda categoria, o que parece ser incompatível com o restante do texto constitucional.

Pela segunda interpretação, a Constituição teria proibido o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, mas, como não foi

incluída a expressão “entre o homem e a mulher” na definição de casamento, os homossexuais poderiam se casar entre si, por falta de norma proibitiva expressa. Essa interpretação seria uma forma de provocar os adeptos da primeira interpretação quando se apegam ferrenhamente à expressão “entre o homem e a mulher” para negar o direito dos homossexuais. Se tal expressão é tão importante e faz tanta diferença para impedir o reconhecimento das uniões estáveis homoafetivas, então ela também deveria estar presente para impedir o casamento gay. Como, no texto constitucional, não há nada que diga que o casamento é exclusivamente “entre o homem e a mulher”, estaria aberta a possibilidade para o casamento entre pessoas do mesmo sexo, já que é inconstitucional qualquer regulação infraconstitucional que discrimine as pessoas em razão do sexo ou orientação sexual. Tal interpretação, ainda que possa desmascarar o apego à letra da Constituição que tem sido o principal trunfo utilizado para negar o direito dos homossexuais, certamente gera uma incongruência lógica no tratamento da matéria e, por isso, não parece ser a melhor interpretação. A aceitação do casamento entre pessoas do mesmo sexo pressupõe uma mudança cultural em torno da própria relação homoafetiva e, portanto, não parece ser coerente proibir o menos (união estável) e permitir o mais (casamento).

A terceira interpretação possível tenta conciliar uma leitura estrita do artigo 226, §3º, da CF/88, com o artigo 3º, inc. IV, que proíbe a discriminação por quaisquer motivos. Dentro dessa lógica, as uniões estáveis homoafetivas não poderiam ser consideradas como entidade familiar, mas os direitos que fossem concedidos aos casais heterossexuais não poderiam ser negados, sem razão plausível, aos casais homossexuais. Assim, independentemente de os homossexuais poderem ou não constituir família juridicamente válida, qualquer tratamento diferenciado entre um casal homossexual e um casal heterossexual deveria ser justificado para ser legítimo. Se a lei permite que uma pessoa heterossexual faça a dedução das despesas de saúde ou de instrução do companheiro heterossexual na declaração de imposto de renda, o mesmo direito deveria ser garantido às pessoas homossexuais, sob pena de incompatibilidade com o princípio de proibição de discriminação. Se a lei autoriza que um servidor público heterossexual possa pedir licença para tratamento de saúde do companheiro heterossexual, o mesmo direito deve ser estendido aos servidores públicos homossexuais em respeito à isonomia. Essa interpretação, certamente, “salva as aparências” e pode ser considerada como melhor do que as duas acima. Porém, ainda assim, continua rebaixando os homossexuais, na medida em que não reconhece a sua relação como uma relação familiar, e tem pouca ou nenhuma utilidade prática em relação à próxima interpretação, que, a meu ver, é a melhor.

Finalmente, a quarta forma possível de interpretar a Constituição seria reconhecer que o rol de entidades familiares que merecem proteção jurídi-

ca adotado pelos constituintes foi meramente exemplificativo. Aquelas formas familiares expressamente contempladas no texto constitucional, como as uniões estáveis heteroafetivas, representaram um avanço em relação à mentalidade da época, mas não são capazes de impedir que outras formas de entidade familiar sejam reconhecidas com a evolução da sociedade. Essa foi a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal e tem o mérito principal de, a um só tempo, elevar o *status* de dignidade de um grupo historicamente oprimido e abrir o conceito de entidade familiar para que a ordem jurídica possa captar as mudanças culturais nessa seara tão dinâmica.

Essa última interpretação é perfeitamente conciliável com a literalidade do artigo 226, §3º, da CF/88, que representou um avanço em relação ao tratamento da matéria, na medida em que reconheceu expressamente a união estável entre o homem e a mulher, facilitando a conversão de sua situação em casamento.

Uma leitura rápida do artigo 226, §3º, da CF/88 poderia induzir o leitor a pensar que as relações entre pessoas do mesmo sexo não foram protegidas pelos constituintes e, portanto, podem ser proibidas. Contudo, basta analisar atentamente o referido dispositivo para perceber que a norma constitucional, considerada em si mesma, não proíbe as relações entre pessoas do mesmo sexo, nem mesmo autoriza a discriminação negativa em relação a essas pessoas. A norma apenas prevê uma discriminação positiva para o casal formado por homem e mulher. Ou seja, o Estado tem a obrigação de reconhecer a união estável heterossexual e estimular que esses relacionamentos sejam convertidos em casamento. Obviamente, o mesmo reconhecimento não foi expressamente dado a uniões homoafetivas. Mas o fato de a Constituição não haver contemplado em seu texto as uniões entre pessoas do mesmo sexo não significa dizer que ele pode discriminar negativamente os homossexuais.

A Constituição consagra o direito de cada pessoa de ser tratada com igualdade em relação à sua identidade cultural e sexual, ainda quando esta se distancie dos padrões hegemônicos da sociedade envolvente (direito à diferença). Por isso, em princípio, seria inválida qualquer medida tendente a desrespeitar as diferenças, sem qualquer critério plausível. Na verdade, a ideia mais elementar de igualdade jurídica é precisamente esta: os benefícios normativos conferidos a uma pessoa não podem ser arbitrariamente negados a outros seres humanos sem um motivo legítimo.

Certamente, os constituintes brasileiros poderiam, se assim quisessem, estabelecer restrições aos homossexuais, sem que, hoje, se pudesse alegar a inconstitucionalidade da vontade constitucional originária. Porém, não há nada na CF/88 que autorize a conclusão de que seja possível limitar direitos por questões de opção sexual ou que os casais de pessoas do mesmo sexo podem sofrer restrições jurídicas decorrentes da sua condição.

Para reforçar esse entendimento, podem ser comparados os seguintes artigos constitucionais:

Art. 5º – XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados (...)”.

Art. 226, § 3º – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Essas três passagens da Constituição Federal de 1988 têm uma estrutura linguística muito parecida. Todas obrigam o Estado a reconhecer algo.

No primeiro caso, o fato de o Estado ser obrigado a reconhecer o júri não significa dizer que outras instituições semelhantes de solução de litígios não possam ser reconhecidas. A arbitragem, por exemplo, é uma instituição cujo “reconhecimento” não está na Constituição, mas ninguém duvida que é possível estabelecer alguns julgamentos por essa técnica, conforme já aceitou o próprio Supremo Tribunal Federal²¹.

O fato de o Estado ser obrigado a reconhecer a cultura indígena não significa dizer que outras formas culturais não podem ser reconhecidas, desde que lícitas. A *Opus Dei*, por exemplo, é uma organização religiosa que merece o reconhecimento do Estado, ainda que sua existência não esteja prevista na Constituição, nem na lei.

Então, o que leva a crer que o artigo 226, §3º, da CF/88, impede o reconhecimento de outras formas de união estável? A meu ver, apenas o desejo de negar aos homossexuais o direito de serem tratados como família.

7 CRÍTICA AOS CRÍTICOS

Streck, Oliveira e Barreto, ao justificarem suas críticas ao reconhecimento das uniões homoafetivas pela via judicial, argumentaram que a opção de excluir os homossexuais de qualquer tipo de proteção familiar foi do próprio poder constituinte originário. Logo, como uma norma constitucional não pode ser, ao mesmo tempo, inconstitucional, a extensão de qualquer direito aos homossexuais que não passe pelo crivo do parlamento seria uma vitória “no tapetão” (expressão minha), “como se fosse possível fazer um ‘terceiro turno’ no processo constituinte” (expressão deles). Para eles, permitir que o Judiciário se substitua ao

²¹ STF, SE 5206 AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/12/2001.

legislador para colmatar lacunas do próprio poder constituinte seria incentivar a criação de uma “Constituição paralela” (uma verdadeira “Constituição B”), “estabelecendo, a partir da subjetividade dos juízes, aquilo que ‘indevidamente’ – a critério do intérprete – não constou do pacto constituinte” (STRECK, OLIVEIRA & BARRETO, 2011).

Para reforçar seus argumentos, os referidos autores citam dois exemplos que, na ótica deles, guardam semelhança com a situação das uniões homoafetivas: a não previsão constitucional de legitimidade ativa para que os municípios proponham ação direta de inconstitucionalidade e o tratamento diferenciado entre homem e mulher para fins de aposentadoria. Segundo eles, seria absurdo permitir que, sob o fundamento de isonomia, o Judiciário “corrigisse” o texto constitucional para equiparar os critérios de aposentadoria ou para estender o direito de propor ADIn aos municípios.

O exemplo do tratamento diferenciado entre homem e mulher, a meu ver, reforça a tese de que a Constituição não autorizou a discriminação aos homossexuais. Vejamos.

A Constituição contempla, sem dúvida, tanto uma proibição de discriminação de gênero (sexo) quanto de opção sexual. Mesmo sendo proibida a discriminação entre homem e mulher, o constituinte fez uma opção expressa de criar regras distintas de aposentadoria conforme o gênero: as mulheres aposentam-se com menos tempo de contribuição e menos idade do que os homens. Isso demonstra que os constituintes, se quiserem, podem discriminar explicitamente, sem que sejam acusados de praticar inconstitucionalidade. Porém, no que se refere à discriminação entre homem e mulher na questão da aposentadoria os constituintes foram claros: as mulheres terão o tratamento “X” e os homens terão o tratamento “Y”.

No caso das uniões estáveis, o constituinte disse apenas que as uniões estáveis entre o homem e a mulher terão o tratamento “Z”, mas silenciou em relação ao tratamento que seria dado às uniões estáveis homoafetivas. Os constituintes deveriam, se quisessem discriminar, ter dito: “as uniões estáveis entre homem e mulher terão o tratamento ‘Z’, e as uniões homoafetivas não terão o mesmo tratamento”. Ou então poderiam ter dito o seguinte: “apenas as uniões entre o homem e mulher terão o tratamento ‘Z’”, ou ainda, “o tratamento ‘Z’ será dado exclusivamente às uniões estáveis entre homem e mulher”. Como nada disso foi dito, prevalece o princípio geral de não discriminação, ou seja, o tratamento não pode ser diferenciado, pois qualquer tipo de discriminação teria que ser expressa.

Essa discriminação expressa também está prevista, por exemplo, quando os constituintes determinaram que são *privativos* de brasileiros natos os

cargos previstos no artigo 12, §3º, da CF/88, apesar do princípio de igualdade entre brasileiros natos e naturalizados (art. 12, §2º, da CF/88). Quando o princípio geral é a não discriminação, qualquer discriminação tem que ser autorizada de forma expressa por meio de palavras de exclusão (privativamente, exclusivamente, apenas, unicamente, somente, exceto etc.). Ausentes tais palavras, há de prevalecer a igualdade.

O exemplo da legitimidade ativa dos municípios para a propositura de ADIn exige conhecimentos mais sofisticados, pois envolve uma compreensão do princípio federativo e da exigência da simetria a ele correlato. Simplificando a questão, pode-se dizer que o princípio federativo não obriga um tratamento absolutamente idêntico entre municípios e estados, bastando lembrar que os municípios não possuem Poder Judiciário, nem Constituição, mas apenas uma lei orgânica. Isso faz com que seja inadequado usar o princípio da igualdade (ou da simetria) para estender aos municípios prerrogativas dadas aos estados. Daí porque não caberia estender aos municípios a prerrogativa de propor ADIn, cujo rol de legitimados é taxativo, segundo entendimento do STF²². Mas, quando há um dever de tratamento igualitário (ou de simetria), esse tipo de extensão parece ser possível. Basta ver, por exemplo, que os estados, por força da simetria com a União, podem criar CPIs, com poderes de autoridade judiciária²³, bem como podem usar o instituto da medida provisória com força de lei²⁴, embora não exista previsão expressa a esse respeito na Constituição Federal de 1988.

Em resumo, o que importa verificar é se há um dever de igualdade: se há o dever de igualdade e não há norma expressa prevendo a discriminação, o tratamento diferenciado presume-se ilegítimo.

Seria possível avançar várias outras críticas aos referidos autores, especialmente pelo fato de eles distorcerem quase por completo a filosofia de Ronald Dworkin, usando o peso de seu nome para combater exatamente aquilo que o jurista norte-americano mais defende: a jurisdição constitucional em favor da realização do princípio da igual consideração e respeito. Mas avançar nesse terreno seria desviar o foco da discussão, pois teríamos que fugir do debate concreto sobre as uniões homoafetivas para entrar no campo árido da interpretação teórica, o que não é a minha proposta neste texto.

8 O TEXTO E O CONTEXTO

Não se pode negar que essa perspectiva pró-homoafetividade foi estimulada por uma mudança de contexto ocorrido a partir da própria sociedade

²² STF, Rcl 397 MC-QO, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 25/11/1992.

²³ STF, ADI 3619, rel. min. EROS GRAU, j. 01/08/2006.

²⁴ STF, ADI 425, rel: Min. MAURÍCIO CORRÊA, j. 04/09/2002.

brasileira, que se tornou mais tolerante em relação aos homossexuais. É provável que nem mesmo os deputados mais progressistas imaginassem que a sociedade fosse avançar tanto a ponto de tratar os homossexuais como sujeitos de direito merecedores de respeito e consideração. Nos anos 1980, época em que foi promulgada a Constituição, ninguém poderia sonhar que, vinte anos depois, milhões de pessoas ocupariam as ruas da Avenida Paulista em defesa do “orgulho gay” e que diversos países ocidentais passassem a reconhecer juridicamente a família homoafetiva.

A teoria contemporânea da interpretação tem defendido que um mesmo enunciado pode ter vários significados, conforme o contexto vivenciado pelos intérpretes da mensagem. Hoje, tornou-se truísmo reconhecer que a norma não se esgota no texto legal, já que a letra da lei é apenas o ponto de partida da realização do Direito. Friedrich Müller, por exemplo, sugeriu que o texto normativo seria apenas o “programa da norma”, ou “a ponta do *iceberg*” do fenômeno jurídico. Não seria o teor literal da norma que regulamentaria o caso jurídico, mas uma série de fatores extratextuais relacionados ao contexto da interpretação (MÜLLER, 2000).

O contexto da interpretação importa e muito. Não se pode interpretar um texto normativo sem levar em conta a realidade em que ele está inserido, pois os sentidos das palavras variam conforme o contexto e só podem ser identificados no contexto. O melhor sentido de uma mensagem somente pode ser obtido através de uma série de operações de decifração que começa com cada fonema isolado, passa pela formação das palavras, depois da frase até chegar ao contexto e vice-versa. Como disse Koestler, “as frases estão relacionadas com o contexto, da mesma maneira como as palavras com a frase, e os fonemas com as palavras” (KOESTLER, 1969, p. 51). Daí porque é impossível pensar-se em um enunciado independentemente do contexto ou então em um sentido único e definitivo para uma frase que não esteja vinculada às experiências de vida partilhadas pela respectiva “comunidade interpretativa” a quem ela é dirigida²⁵. No caso dos direitos dos homossexuais, há uma imensa mudança de contexto e uma profunda transformação da bagagem cultural compartilhada pela “comunidade interpretativa”.

Essa mudança de interpretação de uma prática jurídica a partir da mudança do contexto social é muito comum no direito de família. O conceito de entidade familiar tem se alterado ao longo do tempo e nem sempre o legislador tem sido rápido o suficiente para acompanhar as mudanças da sociedade. Com frequência, os julgadores, na solução de problemas jurídicos relacionados à família, tentam captar os anseios sociais e buscam uma sintonia com os costumes aceitos como válidos pela sociedade, antecipando-se às modificações legislativas. Foi assim com o reconhecimento da validade jurídica da *separação de fato*, antes

²⁵ Basta invocar, para esse fim, ainda que com alguma cautela, a lição de Stanley Fish, sobretudo aquela exposta em “Is There a Text in This Class?” (FISH, 1980, pp. 303/321).

mesmo de ter sido aprovada a *lei do divórcio*; com o reconhecimento da validade jurídica do *concubinato*, antes mesmo de haver uma lei regulamentando a *união estável*; com o reconhecimento jurídico da chamada *guarda compartilhada*, antes de haver uma regulamentação sobre o assunto. E também ocorreu o mesmo com o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, mesmo não existindo uma lei expressa sobre o tema. Em todas essas situações, os costumes, ou melhor, as transformações sociais foram o fator preponderante para a solução do caso e para a gradual consolidação da jurisprudência, seguida da mudança legislativa. Em todas essas situações, o percurso seguido pela evolução do direito foi este: *costumes* → *jurisprudência* → *legislação*. A questão das uniões homoafetivas insere-se perfeitamente nessa lógica.

Desejo fazer uma última observação que, a meu ver, é de extrema importância, já que envolve uma mudança de postura diante da solução de casos jurídicos. Entendo que a pergunta fundamental na interpretação de um texto jurídico não é saber qual é o significado das palavras que ali estão escritas, mas sim tentar descobrir qual é o problema que a norma se propõe a resolver. Não se deve perguntar se a palavra “X” escrita na lei “Y” tem o significado “A” ou “B”. Deve-se perguntar qual o propósito daquele enunciado, ou seja, qual era a situação problemática que existia e que tipo de solução pretendeu-se fornecer com a aprovação daquele texto. Em outras palavras, a atividade “hermenêutica” do jurista não se restringe a descobrir quais são as intenções semânticas “do texto”, mas sim buscar o seu sentido normativo. Buscar a intenção normativa do texto não significa convocar uma imaginária “vontade do legislador” nem mesmo uma fictícia “vontade constitucional”, mas sim verificar que respostas normativas (diante dos problemas ocorridos no passado) a norma se propôs a fornecer e saber se essas respostas são adequadas aos problemas concretos que se está enfrentando no presente.

No caso do artigo 226, §3º, da CF/88, o problema que os constituintes desejavam resolver era o problema da união estável heteroafetiva e a sua consequente equiparação ao casamento. A aprovação do referido dispositivo constitucional teve o claro intuito de garantir às referidas uniões o mesmo tipo de proteção jurídica conferida ao casamento. A inclusão da expressão “entre o homem e a mulher” foi uma forma de evitar o debate acerca das uniões homoafetivas, que, a rigor, não constituía um genuíno problema aos parlamentares da época. Portanto, o problema das uniões homoafetivas, rigorosamente, não foi tratado pela assembleia constituinte, a não ser de forma transversa, o que abre a possibilidade para uma interpretação mais aberta do estatuto constitucional das uniões homoafetivas.

E, mesmo que esse tema tivesse sido enfrentado de forma específica, ainda assim não podemos perder de vista que o contexto da discussão era

completamente diferente do contexto atual e, portanto, não seria tão absurda assim uma atualização do texto pela via interpretativa (mutação constitucional), o que, a meu ver, não foi o caso, pois sequer foi necessário chegar a tanto, uma vez que o texto constitucional nunca havia sido interpretado, pelo STF, de forma diferente daquela interpretação dada na ADPF 132/RJ.

CONCLUSÃO

Os argumentos a favor da decisão do Supremo Tribunal Federal desenvolvidos ao longo deste trabalho seguiram uma linha de raciocínio tradicional na hermenêutica jurídica, que adota como pressuposto a ideia de que a solução dos problemas jurídicos depende de uma interpretação semântica de textos normativos previamente aprovados por instâncias autorizadas a tanto.

Particularmente, penso que existem outros métodos mais condizentes com a atual fase de evolução do pensamento jurídico, especialmente em razão do avanço da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais e com o alargamento da razão jurídica, proporcionado pela pluralização e multiplicação das fontes do Direito. Acredito, por exemplo, que o raciocínio do julgador deve ser guiado por motivos diferentes daqueles que regem o processo legislativo, pois os argumentos de princípio devem ter um peso maior do que os argumentos de política. Também defendo que os direitos fundamentais devem funcionar como trunfos em favor das minorias em desvantagem, tal como sugerido por Ronald Dworkin, de modo que a vontade do legislador, por mais majoritária que seja, nem sempre merece prevalecer (DWORKIN, 1984, pp. 153/167). Além disso, acredito que a forma de interpretar um texto jurídico não consiste em buscar a intenção dos seus autores, mas sim em indagar que tipo de problema a norma pretende solucionar e se a controvérsia a ser solucionada enquadra-se nos propósitos da norma (NEVES, 1993, 2003 e 2008; SCHAPP, 1985). Isso sem falar que, na minha ótica, e mais uma vez inspirando-me em Dworkin, acredito que os juízes devem realizar uma “leitura moral” (*moral reading*) da Constituição como forma de extrair do texto constitucional o espírito ético que dele brota (DWORKIN, 2006).

Porém, minha pretensão ao escrever este texto não foi defender nenhum método jurídico específico, nem mesmo sugerir que os críticos da decisão do Supremo Tribunal Federal estão adotando uma forma de raciocínio ultrapassada. O que tentei demonstrar foi que, mesmo adotando os pressupostos clássicos da teoria hermenêutica, não se pode dizer que o Supremo Tribunal Federal violou os limites semânticos da Constituição ou usurpou a autoridade do Congresso Nacional. A solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no caso das uniões estáveis homoafetivas, é perfeitamente compatível com a literalidade do texto constitucional e, o que é mais importante, espelha uma filosofia moral plenamente

afinada com a ideia de *expansão do círculo ético*²⁶, que, a meu ver, é o principal parâmetro de legitimidade de qualquer decisão.

O texto final da Constituição, no tema das uniões estáveis, resultou de um arranjo de compromisso entre diversos setores antagônicos, o que significa dizer que não resultou em nada muito preciso. Se alguém disser taxativamente que os constituintes pretenderam permitir a discriminação negativa aos homossexuais, certamente está especulando, pois, pela simples análise do texto, não é possível saber.

Existem, como tentei demonstrar, pelo menos quatro interpretações possíveis envolvendo o estatuto constitucional das uniões homoafetivas. Poder-se-ia interpretar o texto constitucional no sentido de excluir as relações homossexuais de qualquer definição de entidade familiar, negando às uniões homoafetivas os direitos próprios das relações heterossexuais. Poder-se-ia entender que a Constituição impediu expressamente a união estável homoafetiva ao incluir a expressão “entre o homem e a mulher” no texto constitucional, mas, ao não incluir a mesma expressão no conceito de casamento, abriu a possibilidade para o reconhecimento da união matrimonial entre pessoas do mesmo sexo. Poder-se-ia também entender que, mesmo não sendo entidade familiar, não poderia haver discriminação negativa em relação aos casais homossexuais, de modo que eles gozariam dos mesmos direitos garantidos aos casais heterossexuais. Finalmente, poder-se-ia extrair da Constituição um mandamento de não discriminação às relações homoafetivas e uma abertura na definição de entidade de familiar, a fim de que os tribunais possam atualizar o texto à medida da evolução da sociedade.

Quando há tantas opções de interpretação e nenhuma delas pode ser categoricamente considerada como a única solução possível, a melhor alternativa é escolher a interpretação com base em razões éticas que, no presente caso, encontram-se positivadas no princípio de não-discriminação. Se ninguém pode discriminar ninguém por motivo de opção sexual, é ilegítimo negar qualquer benefício a uma pessoa apenas pelo fato de ele se assumir como homossexual. E se a interpretação dos críticos for considerada a única possível, os casais homoafetivos terão seus direitos negados apenas porque não são heterossexuais, o que não parece ser compatível com a integridade do texto constitucional. A lógica é muito simples: heterossexuais e homossexuais devem ser tratados de forma igual. Os heterossexuais recebem o tratamento F; logo, os homossexuais também devem receber o mesmo tratamento.

²⁶ A ideia da expansão do círculo ético foi desenvolvida por Lecky, no seu “A History of European Morals”, de 1869: “At one time, the benevolent affections embrace merely the family, soon the circle expanding includes first a class, then a nation, then a coalition of nations, then all humanity and finally, its influence is felt in the dealings of man with the animal world. In each of these stages a standard is formed, different from that of the preceding stage, but in each case the same tendency is recognised as virtue” (LECKY, 1917, p. 100/101). Recentemente, o filósofo Peter Singer retomou a mesma ideia para defender com mais ênfase a inclusão dos animais não-humanos no círculo ético (SINGER, 1981 e 2005).

Admitindo-se que as quatro interpretações anteriores são possíveis, somente um capricho arbitrário, talvez motivado por valorações religiosas ou mesmo preconceitos culturais, justificaria dizer que a interpretação que exclui os homossexuais do círculo de proteção constitucional é a melhor. Os que são simpáticos à causa dos homossexuais e, ao mesmo tempo, críticos da decisão do STF não podem se esquivar da discussão com a cômoda alegação de que a culpa é da assembleia constituinte, porque essa não é a única interpretação possível da Constituição. A questão, portanto, deve ser resolvida a partir de um debate transparente e sincero em torno dos direitos dos homossexuais: podem os homossexuais ser tratados como sujeitos de segunda categoria? Podem ser concedidas inúmeras vantagens a duas pessoas que vivem em relação afetiva, mas negar essas mesmas vantagens a outras duas pessoas apenas porque ambas são do mesmo sexo? Quem tiver coragem e argumentos para justificar a discriminação que o faça abertamente, sem escudos hermenêuticos que mascaram o debate de fundo.

De minha parte, entendo que qualquer decisão que contribua para a expansão do círculo ético, permitindo a construção de uma comunidade moral mais inclusiva, tende a ser legítima. Por outro lado, quando a jurisdição impede a expansão do círculo ético ou reduz o círculo ético ela certamente é ilegítima, por mais que receba o aplauso da maioria da população e até mesmo da “consciência jurídica geral”.

No caso da ADPF 132/RJ, a solução do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de incluir uma categoria de pessoas que até então não estava inserida no contexto das preocupações morais de muitos membros da sociedade brasileira. Por isso, ela merece todos os aplausos de qualquer ser humano que se preocupa com o próximo e atende com perfeição ao mandamento constitucional de construção de uma sociedade justa e solidária, sem preconceito de qualquer natureza.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **The Rise of World Constitutionalism** (1996). Occasional Papers. Paper 4. Disponível em: <<http://tinyurl.com/422ugo8>> Acesso em 21/5/2010

ARRUDA, Antônio Francisco Mota Ferraz de. **União homossexual afetiva, o STF e a construção do direito**. In: Blog do Fred. Disponível em: <<http://tinyurl.com/42vw9dr>> Acesso em 25/5/2011

BICKEL, Alexander. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962

BISOL, Paulo. **Discurso na Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (Assembleia Constituinte – Atas de Comissões)**. Senado Federal: Brasília, 1987

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª edição. Coimbra: Portugal, 1997 (1ª Ed)

DOUGLAS, William. **STF Quis Reescrever Constituição**. In: Portal Conjur. Disponível em: <<http://tinyurl.com/3pgg6h3>> Acesso em 24/5/2011

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio (A Matter of Principle)**. São Paulo: Martins Fontes, 2001

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. New York: Harvard University Press, 2006

DWORKIN, Ronald. **Direito da Liberdade: leitura moral da Constituição norte-americana (Freedom's law: the moral reading of the American Constitution)**. São Paulo: Martins Fontes, 2006

DWORKIN, Ronald. **Rights as Triumphs**. In: WALDRON, Jeremy (org.). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: a theory of judicial review**. Cambridge: Harvard University Press, 2002

FERREIRA, Costa. **Discurso na Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (Assembleia Constituinte – Atas de Comissões)**. Senado Federal: Brasília, 1987

FISH, Stanley. **Is There a Text in This Class? The Authority of Interpretive Communities**. Cambridge: Harvard University Press, 1980

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade (Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 1992)**. v. I. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 1

- IRONS, Peter. **A People's History of the Supreme Court: The Men and Women Whose Cases and Decisions Have Shaped Our Constitution**. New York: Viking, 1999
- JESUS, Atônio. **Discurso na Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher (Assembleia Constituinte – Atas de Comissões)**. Senado Federal: Brasília, 1987
- KOESTLER, Arthur. **O Fantasma na Máquina (The Ghost in the Machine)**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969
- LARENZ, Karl. **Metodología de La Ciencia del Derecho**. Madrid: Ariel Derecho, 1994
- LECKY, W. E. Hartpole. **History of European morals - From Augustus to Charlemagne**. v. 1, 3a ed., New York and London: D. Appleton and Company, 1917, p. 100/101
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2011
- MARTIN, Ives Gandra da Silva. **Família é Aquela que Perpetua Sociedade**. In: Portal Conjur. Disponível em: <<http://tinyurl.com/4x8yh9v>> Acesso em 24/5/2011
- MENDES, Conrado Hubner. **Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação**. São Paulo: Tese de Doutorado (USP), 2008
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de Trabalho do Direito Constitucional**. Trad. Peter Naumann. 2ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NEVES, A. Castanheira. **Dworkin e a Interpretação Jurídica**. In: Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros v. 3. Coimbra: Editora Coimbra, 2008
- NEVES, A. Castanheira. **O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003
- NEVES, A. Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 1993.
- SCHAPP, Jan. **Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1985
- SCHEPPELE, Kim Lane. **Constitutional Interpretation after Regimes of Horror**. In: Public Law and Legal Theory Research Paper Series n. 1-5, maio, 2000
- SINGER, Peter. **The Expanding Circle: Ethics and Sociobiology**. Oxford: The Clarendon Press, 1981
- SINGER, Peter. **Como Haveremos de Viver? A Ética numa Época de Individualismo (How Are We To Live?, 1993)**. Trad. Fátima Aubyn. Lisboa: Dinalivro, 2005

SILVA, Virgílio Afonso. **A Constitucionalização do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005,

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de & SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 89/111

SRECK, Lênio. **Sobre a decisão do STF (União Homoafetivas)**. In: Facebook. Disponível em <<http://tinyurl.com/3rtg2qf>> Acesso em 24/11/2010

STRECK, Lênio; OLIVEIRA, Rafael Tomas de; BARRETO, Vicente de Paulo. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”**. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), 1(2):75-83.

TUSHNET, Mark. **Taking Constitution Away From the Courts**. New Jersey: Princeton University Press, 1999

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, São Paulo 4(2), p. 441-464 jul-dez, 2008

WALDRON, Jeremy. **The Core Case Against Judicial Review**. The Yale Law Journal 115, 2006

RAINBOW JUSTICE: COMMENTS ON THE BRAZILIAN SUPREME COURT DECISION REGARDING GAYS RIGHTS

Abstrac: *This study comments on the ruling of the Brazilian Supreme Court in ADPF 132/RJ, which recognized the legal validity of same-sex relationships. This decision caused great perplexity in some sectors of the Brazilian legal community and has provoked an important debate about the limits of constitutional jurisdiction in Brazil. For some, the Supreme Court would have extrapolated its constitutional function and made an illegitimate revision of the constitutional text. Examining the annals of constitutional debates, we sought here to demonstrate that the Supreme Court did not violate the semantic boundaries of the Constitution or usurped the authority of Congress. The solution adopted in ADPF 132/RJ is perfectly compatible with the literal meaning of the constitutional text and, more importantly, reflects a morality completely attuned to the idea of expanding circle of ethics, which can be considered the main measure of legitimacy.*

Keywords: *Constitutional interpretation. Judicial review. Judicial activism. Gays rights.*

Data de recebimento: **nov/2010** – Data de aprovação: **jan/2011**

CRISE PLANETÁRIA, ESTADO AMBIENTAL E ECOSSOCIALISMO: APONTAMENTOS PARA UMA APROXIMAÇÃO DE CONCEITOS

João Alfredo Telles Melo

Mestre em Direito (UFC). Professor do Curso de Direito da FA7. Vereador em Fortaleza (PSOL).
joaoalfredotellesmelo@gmail.com

Sumário: Introdução. 1. A crise ambiental planetária. 2. A ecologização da sociedade e do direito. 2.1. Do conservacionismo ao ecologismo dos pobres. 2.2. A ecologização do direito: o Estado de Direito Ambiental. 3. Ecosocialismo e direito: por uma aproximação de conceitos. Considerações finais

Resumo: O presente artigo pretende abrir uma discussão acerca dos impactos da atual crise ambiental planetária sobre a sociedade humana e de que forma os movimentos sociais, em especial os ecológicos, respondem ao que poderíamos chamar de crise civilizatória ou “policrise”, em diálogo com a proposta de uma nova sociabilidade: o socialismo ecológico ou ecosocialismo. A pretensão do trabalho não é, por óbvio, esgotar o assunto, que é novíssimo nas ciências sociais, mas, antes, instigar reflexões, na perspectiva de superação da crise em que a humanidade – e a vida, como um todo – está mergulhada hoje.

Palavras-chave: Crise Ambiental. Movimento Ecológico. Ecosocialismo

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende fazer uma discussão sobre os impactos da atual crise ambiental planetária sobre a sociedade humana e o direito. Pretende, com isso, a partir do que se conceitua de uma crise planetária, com característica de “policrise”, analisar como os movimentos ambientais a ela reagiram e como influenciaram o direito, em especial, o Direito Ambiental, em diálogo finalmente com a nova proposta do socialismo ecológico, ou ecosocialismo..

No primeiro tópico, procura-se compreender que crise planetária é essa, suas principais manifestações e suas explicações, não só aquelas concer-

nentes às causas ambientais, mas, também, ideológicas, políticas e econômicas. Ou seja, se a crise climática – manifestação mais visível, mas, não única – do impasse civilizacional em que a sociedade humana está imersa tem causas antropogênicas, e não naturais, procura-se entender que organização societária é essa que originou a crise.

No segundo capítulo, analisa-se a ecologização da sociedade e do direito. No primeiro caso, apresentam-se quais as principais concepções do ecologismo, sua relação com a sociedade capitalista e sua influência no direito. Quanto a este, sua ecologização é vista a partir de um novo marco hermenêutico que procura construir o conceito de Estado de Direito Ambiental, como uma evolução do Estado Social e do Estado Democrático de Direito, de onde ele procede.

Finalmente, no terceiro e último tópico, faz-se uma apresentação do que seria uma sociedade ecológica e socialista, o ecossocialismo, como superação do capitalismo e do socialismo produtivista, e o seu diálogo com novos conceitos, princípios e institutos jurídicos, em especial, aqueles tributários do que se denomina hoje a civilização do “Bem Viver”, originária dos povos indígenas andinos, que, inclusive, encontram-se materializados em algumas cartas políticas, como a Constituição boliviana.

A pretensão do artigo não é, por óbvio, esgotar o assunto, que é novíssimo nas ciências sociais, em especial, no Direito, mas, tão somente, aproximar conceitos como os de Estado de Direito Ambiental e Ecossocialismo. Tudo isso, na perspectiva de superação da crise em que a humanidade – a vida, como um todo – está mergulhada hoje.

1 A CRISE AMBIENTAL PLANETÁRIA

Crê-se não haver dúvidas de que o mundo está imerso em uma crise ambiental planetária de proporções ainda não vividas pela sociedade humana. Sua face mais visível, mas não única, são o superaquecimento da Terra e as mudanças climáticas. A divulgação, em fevereiro de 2007, do 4º. Relatório de Avaliação das Mudanças Climáticas do IPCC (Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas, em sua sigla em inglês), causou um grande impacto, dadas suas gravíssimas conclusões, ao observar, sobre as mudanças no clima e seus efeitos, que o aquecimento do sistema climático é inequívoco e que suas causas, ligadas à emissão de gases do efeito estufa (GEEs), são antropogênicas e não naturais e que seus impactos sobre a natureza e a sociedade já se fazem sentir (disponível em: http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/syt/en/spm.htm).

Marengo (2006, p.25), pesquisador do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) e membro do IPCC, observa que, apesar do planeta ter sempre passado “por ciclos naturais de aquecimento e resfriamento [...] atualmente,

a atividade industrial está afetando o clima terrestre na sua variação natural, o que sugere que a atividade humana é fator determinante no aquecimento”.

Não há um dia em que não se observe a ocorrência em qualquer parte do mundo de algum fenômeno climático-ambiental extremo: secas, tufões, enchentes etc., fenômenos que têm sido cada vez mais intensos e recorrentes, a ponto de um termo do vocabulário de guerra ter sido adaptado para o repertório ecológico: o “refugiado climático” ou “refugiado ambiental”, que já se conta em milhões no planeta. A Cruz Vermelha Internacional, que publicou, em 2001, o “Relatório Mundial de Desastres”, estima a existência de 25 milhões de refugiados climáticos atualmente, com uma projeção de mais de 200 milhões em 2050 (Disponível em: <http://www.ifrc.org/publicat/wdr2001/>).

O objetivo deste artigo não é confrontar as posições acerca dos estudos e previsões do IPCC (derretimento das geleiras, elevação do nível dos mares, desertificação etc.), onde, se, por um lado, os chamados “céticos”, ou melhor, “negacionistas”, ainda que em minoria na comunidade científica, contestam esses dados, outros há, como Lovelock (2010), autor da Teoria Gaia, que considerem terem sido esses mesmos dados subestimados, uma vez que a velocidade das mudanças no clima e no planeta são imensamente mais graves.

No entanto, como já aludido antes, o aquecimento global e as mudanças climáticas são apenas a face mais visível de uma crise maior, que se relaciona à atual configuração do modo de produção capitalista, com seu modelo de desenvolvimento, a um só tempo fossilista e produtivista-consumista, e um modo de vida das elites econômicas mundiais baseado no consumo perdulário, que são, a um só tempo, ambientalmente insustentáveis e socialmente injustos; não só em escala regional ou nacional, mas em nível planetário.

Foster (2005), autor do clássico “A Ecologia de Marx: materialismo e natureza”, em um instigante artigo, intitulado “Organizar a Revolução Ecológica” (disponível em: http://resistir.info/mreview/revolucao_ecologica.html), lista os sinais de advertência da crise ambiental global, a demonstrar a insustentabilidade do percurso da humanidade nestes tempos atuais, dentre os quais se destacam, além do aquecimento global, os que se seguem:

O planeta está a enfrentar escassez de água global devido à extração de aquíferos insubstituíveis, os quais constituem a maior parte do abastecimento de água fresca do mundo. Isto coloca uma ameaça à agricultura global, a qual tornou-se uma economia bolha baseada na exploração insustentável das águas subterrâneas. Uma em cada quatro pessoas no mundo de hoje não tem acesso à água potável (Bill McKibben, *New York Review of Books*, 25/Setembro/2003).

Dois terços dos bancos pesqueiros do mundo estão atualmente a ser capturados à sua capacidade máxima ou acima dela. Durante o último meio

século de pesca predatória nos oceanos do mundo, 90 por cento foram eliminados (Worldwatch, *Vital Signs* 2005).

A extinção de espécies é a mais elevada em 65 milhões de anos, com a perspectiva de extinções progressivas à medida que forem removidos os últimos remanescentes dos ecossistemas intactos. A taxa de extinção já está a aproximar-se 1000 vezes da “referência” (“*benchmark*”) ou taxa natural (*Scientific American*, Setembro/2005). Cientistas localizaram 25 pontos quentes sobre a Terra que representam 44 por cento de todas as espécies de plantas vasculares e 35 por cento de todas as espécies em quatro grupos vertebrados, embora ocupem apenas 1,4 por cento da superfície da terra mundial. Todos esses pontos quentes estão agora ameaçados de aniquilação rápida devido a causas humanas (*Nature*, 24/Fevereiro/2000).

De acordo com um estudo publicado em 2002 pela National Academy of Sciences, a economia mundial excedeu a capacidade regenerativa da Terra em 1980 e em 1999 ultrapassou-a em 20 por cento. Isto significa, segundo os autores do estudo, que “seriam precisas 1,2 Terra, ou uma Terra por cada 1,2 ano, para regenerar o que a humanidade utilizou em 1999” (Matthis Wackernagel, et. al, Tracking the Ecological Overshoot of the Human Economy, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 09/Julho/2002).

Na verdade, o que ocorre é que, como adverte um manifesto assinado por 29 cientistas mundiais e publicado na revista *Nature*, de 24.09.2009 (conforme notícia Rogério Tuma, na Carta Capital do dia seguinte, em sugestivo artigo intitulado “Antropoceno, a era da destruição”), “as atividades diárias dos 6 bilhões de humanos resultam por si em uma força geofísica capaz de mudar completamente a Terra, equivalente às grandes forças da natureza” (acessível em <http://www.cartacapital.com.br/app/materia.jsp?a=2&a2=6&i=5132>).

Ali, se denuncia que, pelo menos, três limites biofísicos de sustentabilidade do planeta já foram ultrapassados: o equilíbrio climático (aquecimento global), os resíduos orgânicos de nitrogênio e a crise da biodiversidade, a qual os cientistas já denominam de a grande “sexta extinção de espécies”. Outros seis limites podem ser rompidos na próxima década, se nada for feito.

Morin e Kern (2005, p. 94), ainda na década de 90, do século passado, ao analisar a “agonia planetária” conceituam o estado da arte da “Terra-Pátria” e da “Humanidade-comunidade de destino” como “policrise” ou “conjunto policrístico”, num entrelaçamento das crises do desenvolvimento, da modernidade e das sociedades; uma crise civilizatória, portanto.

Configurada a crise (“policrise”), que é social, ambiental e planetária, é preciso que se advirta, por oportuno, que há uma disputa de natureza ideológica – ideologia aqui como “visão de mundo” – sobre o entendimento das causas dessa crise, que confronta, em matizes diferenciados, capitalistas “verdes” versus “ecossocialistas”, ou seja, a disputa sobre projetos de sociedade (e de civilização, portanto), o que terá impactos sobre a superestrutura jurídica, como se verá adiante.

A compreensão dos que se reivindicam herdeiros da utopia (no sentido positivo do termo) igualitária do Século XIX, à qual se agrega o ecologismo da contemporaneidade, é a de que, nas precisas palavras do Manifesto Ecosocialista Internacional, “o atual sistema capitalista não pode regular, muito menos superar, as crises que deflagrou. Ele não pode resolver a crise ecológica porque fazê-lo implica em colocar limites ao processo de acumulação – uma opção inaceitável para um sistema baseado na regra ‘cresça ou morra’” (Löwy, 2005, p. 86).

Além desse paradoxo – a imposição de limites a um sistema, cuja lógica é o crescimento sem limites, daí o surgimento do atualíssimo debate sobre decrescimento, presente em Latouche (2011) e em Kempf (2010), – serão encontradas, pelo menos, mais duas outras grandes contradições entre o “ethos” do sistema produtor de mercadorias e os processos ecológicos naturais: a apropriação privada da natureza – vista apenas como “recurso” natural – e sua incorporação como mercadoria, o que só é possível se ela se tornar escassa.

Porto-Gonçalves (2004, p. 67), ao falar desses paradoxos, de forma magistral, assim os desvenda;

Além disso, privar é tornar um bem escasso e, dessa forma, numa sociedade que tudo mercantiliza, um bem só tem valor econômico se é escasso. O princípio da escassez, assim como a propriedade privada que lhe é essencial, é que comanda a sociedade capitalista e suas teorias liberais de apropriação dos recursos naturais. Ocorre que a idéia de riqueza é o contrário de escassez e aqui reside uma das maiores dificuldades da economia mercantil: incorporar a natureza como riqueza, como algo abundante, um bem comum (grifou-se).

É aquilo que a teoria marxiana tão bem distingue entre “valor de uso” e “valor de troca”. Para se tornar mercadoria, o bem de uso se transforma em valor de troca; para ter valor de troca, é preciso que não seja abundante. Aqui, como advertem os teóricos do Ecosocialismo, a riqueza tem definições distintas e opostas. Foster, em seu artigo já aqui citado (on line já citado), se vale de Epicuro (“Principal Doctrines”), para expor o paradoxo: “Quando medida pelo propósito natural da vida, a pobreza é grande riqueza, riqueza ilimitada é grande pobreza”.

Trata-se, portanto, não só de uma crise ambiental e social, mas uma crise da própria civilização do capital, de sua lógica econômica, de seu modelo de desenvolvimento, de seu modo de vida e de seus valores, que engendram, a um só tempo, uma desigualdade social cada vez mais abissal entre uma “oligarquia global”- cuja renda de seus 500 mais ricos supera a dos 416 milhões mais pobres – e os mais de 1 bilhão de humanos que sobrevivem com menos de 1 dólar por

dia, e a destruição acelerada das bases naturais que sustentam a vida em nosso planeta (Kempf, 2010, p. 65).

Isso compreendendo, com Foster (2005, p. 331), que a relação humana com a natureza é “mediada pela sociedade, e a sociedade é o meio ambiente humano imediato. Mas, a sociedade tem na natureza o seu meio ambiente”, e que, nas palavras de Stucka (1998, p. 25), o Direito é “um sistema de relações sociais ou, ainda, que trata de uma determinada ordem social”, importante investigar quais as implicações ocorridas no mundo sociojurídico a partir da crise ambiental em que o planeta está mergulhado.

2 A ECOLOGIZAÇÃO DA SOCIEDADE E DO DIREITO

Não haveria como todos esses fatos vinculados à crise ambiental planetária permanecerem alheios à sociedade humana e à(s) sua(s) superestrutura(s) jurídica(s). Daí que, tomando emprestado (e ampliando) a percepção, proposta por Benjamim (2008, p. 57), de “ecologização” constitucional, tratar-se-á como, nos últimos anos, ocorreu uma “ecologização” da sociedade e, por consequência, do Direito. Assim, far-se-á um breve percurso pelos movimentos ecológicos, na sua relação com o sistema do capital, para, em seguida, volver-se à ecologização do Direito.

2.1. DO CONSERVACIONISMO AO ECOLOGISMO DOS POBRES

É cediço, entre os que militam no jus-ambientalismo, a compreensão de que, ao lado da Ciência e de suas descobertas, são os movimentos sociais ambientais as principais fontes materiais do Direito Ambiental. Portanto, a gênese, a evolução e as principais correntes do ambientalismo permitem desvendar as modificações principais por que passou o Direito do Ambiente nas últimas décadas (para não ter que recuar a um horizonte histórico muito remoto).

Ainda que haja diferentes formas de abordar e classificar os movimentos ecológicos, há um consenso, entre os autores, de que foi o “conservacionismo”, que Alier (2007, p. 22) denomina de “culto à vida silvestre” – pela “defesa da natureza intocada, o amor aos bosques primários e aos cursos d’água” –, a primeira forma de organização do ambientalismo, remontando à criação dos parques nacionais, como o de Yellowstone, nos Estados Unidos da América, em 1872, e o de Itatiaia, no Brasil, em 1937.

Do ponto de vista social, ainda existem grandes organizações atuantes, como o IUCN, *International Union for Conservation of Nature* e o WWF, *World Wildlife Fund*. A marca dessa corrente do ecologismo na legislação se

encontra no reconhecimento da necessidade de criação de unidades de conservação de proteção integral, tal qual está prevista na Lei 9985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC).

No entanto, como bem observa Alier (2007, p. 22), “o culto ao silvestre não ataca o crescimento econômico enquanto tal. Até mesmo admite sua derrota na maior parte do mundo industrializado. Porém, coloca em discussão uma ‘ação de retaguarda’, que [...] visa a preservar e manter o que resta dos espaços de natureza original situados fora da influência do mercado”.

Cumprе, apenas, aqui advertir que, ainda que se concorde com essa crítica, posto que o movimento, no geral, não enfrenta a organização societária responsável pela destruição da “vida silvestre”, a criação de unidades de conservação, em alguns casos, confronta-se com o capital imobiliário e com o agronegócio, e, em outros, é fundamental para resguardar ecossistemas e espécies ameaçadas.

Se ainda podem ocorrer essas disputas com setores do capital, principalmente em função de conflitos sobre a propriedade e uso do território, a segunda corrente anotada por Alier (2007), conforma-se, plenamente, ao modo de produção capitalista, sendo mesmo uma resposta deste à crise planetária, a partir da lógica do mercado: é o chamado “evangelho da ecoeficiência”.

A “ecoefficiência” – com sua visão econômico-tecnicista – considera que somente o desenvolvimento científico-tecnológico, voltado para “limpar ou remediar a degradação causada pela industrialização” (Alier, 2007, p. 28), dará conta da crise ambiental, sendo considerada como o vínculo empresarial com o desenvolvimento sustentável. No Brasil, o Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável, o CEBDS, “uma coalizão dos maiores e mais expressivos grupos empresariais do Brasil, com faturamento anual correspondente a 40% do PIB nacional” é a representação do ecocapitalismo ou capitalismo verde no país (cf. www.cebds.org.br).

Mesmo que se reconheça que essa corrente possibilita um debate importante sobre as chamadas tecnologias limpas, dentre outros aspectos da ecoeficiência, ela ainda está presa ao que Morin e Kern (2005, p. 92) denominam de “mito do desenvolvimento”. Para ambos, a humanidade precisa se libertar do “paradigma pseudorracional do *homo sapiens faber*, segundo o qual ciência e técnica assumem e levam a cabo o desenvolvimento humano”.

É no seio da terceira corrente classificada por Alier (2007) que se encontram as críticas mais profundas ao modo de produção e ao modelo de desenvolvimento capitalista: o “ecologismo dos pobres”, “ecologismo popular” ou “movimento de justiça ambiental”. Mas, poder-se-ia também aduzir o que Santilli (2005, p. 31) denomina de “socioambientalismo”. Esses movimentos assinalam - diz Alier (2007, p. 33) - que, “desgraçadamente, o crescimento econômico implica

maiores impactos no meio ambiente, chamando a atenção para o deslocamento geográfico de recursos e das áreas de descarte dos resíduos”.

Não é objetivo deste trabalho fazer uma análise exaustiva dos movimentos ecologistas, mas, é importante ressaltar que, a despeito de que tenham sido classificados em uma única corrente, há diferenças importantes entre os movimentos de direitos civis estadunidenses que denunciaram, sob o selo da “Justiça Ambiental”, o chamado “racismo ambiental” (Acselrad, 2009, p. 20) - que é a “imposição desproporcional – intencional ou não – de rejeitos perigosos às comunidades de cor” - e o “socioambientalismo”, que surgiu no Brasil, a partir de uma importante articulação entre os movimentos sociais e o movimento ambientalista.

A maior referência desse movimento foi o líder seringueiro e mártir ambientalista Chico Mendes (século XX), que compreendeu, na própria pele, a indissolubilidade da luta em defesa da terra e do trabalho dos extrativistas e a preservação da floresta amazônica. Essa coalizão, que se materializou na “Aliança dos Povos da Floresta” (seringueiros, índios, ribeirinhos, quilombolas), inscreveu definitivamente em nossa legislação as “reservas extrativistas” e outros tipos de unidades de conservação de uso sustentável.

Ainda que ocorram essas diferenças e nuances, pode-se considerar como Alier (2007, p. 340), que o ecologismo dos pobres, a justiça ambiental e o socioambientalismo (acrescentar-se-ia, a partir de Santilli, 2005), são as “principais forças em prol da sustentabilidade”, posto que, por intermédio de suas lutas, não se pretende resolver os conflitos ambientais, mas, sim, exacerbá-los “para avançar na direção de uma economia ecológica”. E socialista, aduzir-se-ia; ecossocialista, portanto.

2.2. A ECOLOGIZAÇÃO DO DIREITO: O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL

O Direito, como superestrutura, não ficaria imune a todas essas transformações, engendradas, a um só tempo, pela crise ambiental e pela resposta dos diversos movimentos sociais e ambientais, em seus variados matizes, a ponto de Canotilho (2008, p. 5) asseverar que se pode falar hoje de um “Estado de direito ambiental e ecológico”, arrematando que “o Estado de direito, hoje, só é Estado de direito se for um Estado protetor do ambiente e garantidor do direito ao ambiente”.

É o que Benjamin (2008, p. 72) chama de “ecologização da Constituição”, o que se irradia sobre os seus princípios, regras e institutos, como é o caso da propriedade e da função social, com a instituição de “um regime de exploração limitada e condicionada (= sustentável) da propriedade e agregar à função social da propriedade, tanto urbana como rural, um forte e explícito componente ambiental”.

Mas, é através do que Belchior (2011, p. 196) denomina de “\Hermenêutica Jurídica Ambiental” – que, “por meio de princípios de interpretação” objetiva “a busca de soluções justas e constitucionais adequadas para a interpretação de normas ambientais”, que se chegou à fórmula político-jurídica do Estado de Direito Ambiental.

Um desses princípios, considerado por Belchior (2011) como “às na manga” do intérprete, é aquele que se denomina “in dubio pro natura” ou “in dubio pro ambiente”, ou seja, uma interpretação mais amiga do ambiente, advertindo-se, com a autora, que ele não seria “absoluto”, posto que deve ser ponderado com outros princípios interpretativos.

Ainda que não seja objetivo deste texto fazer um exame exaustivo acerca dos caminhos interpretativos para a compreensão do Direito Ambiental, é importante, no diálogo com a hermenêutica proposta por Belchior, trazer à colação, a principiologia proposta por Coelho (*in* <http://revistas.unipar.br/juridica/article/viewFile/2262/1863>), através das 11 teses abaixo transcritas, para que possamos ter conhecimento de uma visão que poderia ser considerada mais “radical” (dado o seu caráter “ecocêntrico”) de defesa da natureza:

1. O direito subjetivo a um ambiente natural saudável, ou seja, o direito subjetivo ambiental tem status de direito fundamental, por ser extensão do direito à vida, pressuposto de todos os demais direitos.
2. O direito subjetivo ambiental inclui-se entre os direitos humanos.
3. A proteção ambiental diz respeito a um bem jurídico transcendente, que interessa a todos os homens como projeção de sua dignidade, e ipso facto, às nações e à humanidade.
4. O ambiente natural é um valor em si que deve ser preservado, não devendo estar submetido a interesses puramente humanos.
5. Os seres vivos da natureza são titulares dos direitos que a própria natureza lhes concedeu, os quais devem ser respeitados pelos seres humanos.
6. As leis ambientais, ainda que no contexto do direito privado, são sempre imperativas (*jus cogens*).
7. A responsabilidade por dano ambiental é sempre objetiva.
8. A interpretação, integração e aplicação das leis ambientais será sempre direcionada, em direito público, como em direito privado, para a proteção dos interesses difusos.
9. O conceito de vítima de dano ambiental identifica-se com a proteção dos interesses difusos, ainda que decorrente da inobservância de normas de direito privado.
10. Em caso de conflitos normativos, a solução será sempre a que favorecer a proteção ambiental.
11. IN DUBIO PRO NATURA.

Voltando ao Estado de Direito Ambiental é, pois, este ainda considerado uma construção teórico-interpretativa, que parte da compreensão de que “os recursos ambientais são finitos e antagônicos com a produção de capital e consumo existentes”, nas palavras de seus principais teóricos, Leite e Ayala (2010, p. 28).

Citando Capella, Leite e Ayala (2010, p. 31) assim conceituam o Estado Ambiental: a “forma de Estado que se propõe a aplicar o princípio da solidariedade econômica e social para alcançar um desenvolvimento sustentável, orientado a buscar a igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural”.

Em outro texto, Leite (2008, p. 151/2) lista “cinco funções fundamentais da discussão do Estado de Direito Ambiental”, as quais serão apenas aqui citadas: 1) Moldar formas mais adequadas para a gestão dos riscos e evitar a irresponsabilidade organizada; 2) Juridicizar instrumentos contemporâneos preventivos e precaucionais, típicos do Estado pós-social; 3) Trazer a noção, ao campo do Direito Ambiental, de direito integrado; 4) Buscar a formação da consciência ambiental; e 5) Propiciar maior compreensão do objeto estudado.

No mesmo estudo, vê-se que os princípios estruturantes no Estado de Direito Ambiental são bem conhecidos da doutrina, quais sejam, aqueles vinculados à democracia (princípios da participação, cidadania, democracia e cooperação ambiental), à precaução (princípios da atuação preventiva e da precaução) e à responsabilidade (princípios do poluidor-pagador e da responsabilidade).

A concepção do Estado de Direito Ambiental, como se disse alhures, irradia, como não poderia deixar de ser, também seus efeitos para os institutos jurídicos, como é o caso da propriedade, conforme se vê não somente na Constituição Federal, no art. 225, *caput*, quando fala que o meio ambiente é “bem de uso comum do povo” ou no art. 186, II, ao condicionar a função social da propriedade à “utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”, conceito este ampliado, agora, pelo novo Código Civil, para o instituto como um todo, pois, em seu art. 1228, condiciona o exercício do direito de propriedade, à preservação da “flora, fauna, belezas naturais, equilíbrio ecológico e patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”.

Estar-se-ia diante da função socioambiental da propriedade ou como conceituam Belchior e Matias (*in* http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Brasília/07_216.pdf), da função ambiental autônoma da propriedade, pois, em sua concepção, à leitura do dispositivo acima referido, “constata-se que o ambiente sadio não está dentro da função social da propriedade. O legislador foi mais longe, ao impor uma função ambiental autônoma, nova, gerando outras obrigações ao proprietário de qualquer bem além daquelas já previstas com a função social”.

Esse esforço interpretativo – ao qual se poderia aduzir, ainda que só para não deixar de citá-los, os princípios do mínimo existencial ecológico e da proibição do retrocesso ambiental – é extremamente importante, pois, em última análise, são instrumentos poderosos nas mãos do intérprete para fazer face a esse processo de verdadeira destruição ambiental em que se encontram hoje a natureza e a humanidade.

No entanto, Leite (2008, p. 158), em sua precisa digressão sobre o Estado de Direito Ambiental, alerta para o fato de que “a grande e, talvez, a maior dificuldade em construir um Estado de Direito Ambiental é transformá-lo em um Estado de Justiça Ambiental”.

A questão que se coloca, portanto, é que, ainda que, mesmo reconhecendo a extrema validade desse percurso interpretativo que procura construir, na concretude (e não só na abstração), o Estado de Direito Ambiental – um avanço considerável frente às fórmulas políticas que lhe deram origem do Estado Social e do Estado Democrático de Direito – ele ainda se encontra circunscrito aos marcos do capitalismo, mitigado, é verdade, mas, que garante, como princípios da ordem econômica, a livre iniciativa (com limites, óbvio) e a propriedade privada (com suas funções social e ambiental, reconheça-se).

Assim é que – uma vez reconhecida a extrema gravidade e urgência da crise ambiental planetária e a necessidade de se ter, também, respostas mais graves e urgentes, no que respeita à imposição de limites fortes ao desenvolvimento desvairado, ao consumismo perdulário e à obsolescência programada, bem ainda à necessidade de proteção da natureza ameaçada e dilapidada, ao imperativo ético da justiça social e ambiental, que possa resolver os gravíssimos índices de pobreza e degradação – poder-se-ia considerar esse instrumental teórico-interpretativo, mesmo que eticamente comprometido com um novo ethos humanístico e ambiental, apto a dar conta do desafio de reverter esse quadro verdadeiramente apocalíptico?

Como transitar do Estado de Direito Ambiental para o Ecosocialismo? Como superar a sociedade do capital e construir a sociedade ecológica, democrática e socialista? Haveria uma teoria de um programa de transição – a um só tempo ético, político, ideológico, econômico, ecológico, cultural e jurídico – da atual sociedade para uma de novo tipo? Poder-se-ia pensar em uma Teoria Ecosocialista do Direito?

A intenção deste artigo não é trazer as respostas, até porque o debate sobre o Ecosocialismo é recentíssimo e sua formulação ainda não chegou aos aspectos da superestrutura jurídica. O que se pretende é fazer uma aproximação de conceitos. Para tanto é preciso ver o que se tem formulado acerca do que seria essa sociedade socialista e ecológica.

3 ECOSOCIALISMO E DIREITO: POR UMA APROXIMAÇÃO DE CONCEITOS

Um dos mais importantes formuladores da teoria ecossocialista, Löwy (2005, p. 42), encontra no socialismo e na ecologia objetivos comuns, posto “que implicam questionar a autonomização da economia, do reino da quantificação da produção como um objetivo em si mesmo, da ditadura do dinheiro (...) Ambos pedem valores qualitativos: o valor de uso, a satisfação das necessidades, a igualdade social para uns, a preservação da natureza, o equilíbrio ecológico para outros”.

O seu viés democrático, socialista e ecologista o fazem combater tanto a sociedade de mercado capitalista, fundada no individualismo, no consumismo, na busca desenfreada do lucro, na apropriação privada dos meios de produção, como também as experiências do chamado “socialismo real”, posto que sua matriz produtivista e a concorrência com os países capitalistas, em governos conduzidos por burocracias antidemocráticas, causaram, nos países do Leste, danos e impactos ambientais para a natureza e a população daqueles países.

Löwy (2005, p. 42), citando James O'Connor, diz que o objetivo do socialismo ecológico é a construção de uma “sociedade ecologicamente racional fundada no controle democrático, na igualdade social, e na predominância do valor de uso”. E acrescenta: “tal sociedade supõe a propriedade coletiva dos meios de produção, um planejamento democrático que permita à sociedade definir os objetivos da produção e os investimentos, e uma nova estrutura tecnológica das forças produtivas”.

A queda do Muro de Berlim, ainda que existam hoje países que, de forma bastante diversa (como Cuba, China e Coreia do Norte) se reivindicam socialistas e ainda que ela, a queda, seja propagandeada, pelos pensadores liberais, como o “Fim da História” e uma vitória incontestada da sociedade capitalista, na verdade, representou o fim de um modelo que era, a um só tempo, politicamente antidemocrático, economicamente ineficiente e ecologicamente insustentável.

Por outro lado, a “policrise” social, ambiental e civilizatória da sociedade produtora de mercadorias desmente a tese de que o capitalismo foi vitorioso, tantos são os mortos em combate e tamanha é a catástrofe ambiental que representa a atual era das mudanças climáticas.

Abrem-se, portanto, as janelas para um socialismo que seja renovado com o ecologismo popular, com a ética humanista, com a radicalidade democrática e, também, com a contribuição tanto dos que se reivindicam da teoria marxiana, além ainda de novos sujeitos históricos, como as populações tradicionais, que resgatam seus valores ancestrais de relação com a natureza e constroem novos conceitos, instrumentos políticos e institutos jurídicos.

No primeiro caso, vale citar, ainda que rapidamente, a reflexão de Harribey (*in* http://resistir.info/ambiente/ecologia_politica.html) quando afirma que, “a relação entre ecologia e justiça social contém pelo menos três exigências fundamentais de ordem teórica e prática”, a saber: uma nova teoria da justiça, a definição dos direitos de propriedade coletivos e a partilha dos ganhos de produtividade, com a diminuição da jornada de trabalho, para melhorar a qualidade de vida.

Quanto aos novos sujeitos, merecem um olhar especial as formulações vindas das populações indígenas dos Andes, na América do Sul, em especial, na Bolívia, onde há um presidente índio aymara, e, também, no Equador e no Peru. Boaventura de Sousa Santos, com a argúcia e atenção que lhe são peculiares, já enxerga, nessa região, a gestação do “Socialismo do Bem Viver”, pois, em suas palavras, há duas transições no continente hoje: “La transición del capitalismo al socialismo y la transición del colonialismo a la autodeterminación, al fin del racismo, a la posibilidad que tenemos de la convivencia de diferentes nacionalidades dentro del mismo Estado” (*in* <http://www.alames.org/documentos/socialismobov.pdf>).

Mesmo que se concorde com a consigna do Manifesto Ecosocialista Internacional, de que “o ecosocialismo será universal e internacional ou não será”, não se pode desconhecer a importância de processos sociais como o da Bolívia, por exemplo, que vive uma revolução cultural, de transição do colonialismo para a autodeterminação, incorporando valores indígenas, se reconhecendo um Estado plurinacional (e plurilinguístico), comunitário, democrático e intercultural.

Sua Constituição Política do Estado, promulgada em 2009, traz alguns elementos importantes na perspectiva de uma sociedade ecosocialista, dentre os quais se apontam:

1. No art. 30, os direitos das nações e povos indígenas originários camponeses, a saber, dentre outros: à identidade cultural e sua própria cosmovisão, à titulação coletiva de terras e territórios; à proteção dos seus lugares sagrados; a viver em meio ambiente sadio; à propriedade intelectual coletiva de seus saberes, ciências e conhecimentos; à gestão territorial autônoma etc.
2. No art. 33, ao tratar do direito das pessoas a um meio ambiente saudável, protegido e equilibrado, estabelece que o exercício desse direito deve permitir, não só aos indivíduos e coletividades das presentes e futuras gerações, mas também a outros seres vivos, a se desenvolverem de forma normal e permanente;
3. No art. 393, reconhece três tipos de propriedade da terra; a privada individual e comunitária e a coletiva, especificando inclusive um limite máximo para o tamanho delas (5.000 hectares).

Não é à toa que a Bolívia sediou, em Cochabamba, em abril de 2010, a Conferência Mundial dos Povos sobre o Câmbio Climático e os Direitos da Mãe Terra, a qual aprovou um projeto de “Declaração Universal

dos Direitos da Mãe Terra” cujos artigos foram inspirados no ecocentrismo da cosmovisão andina.

Evidentemente, uma leitura pormenorizada da Declaração, bem como da Constituição boliviana, permitiria uma análise bem mais aprofundada desses novos valores, conceitos, princípios, direitos, institutos. Não é, porém, o objetivo deste pequeno artigo, que se pretende apenas provocativo, no sentido de buscar uma teoria e uma práxis jurídica, no viés ecossocialista; daí serem ainda apontamentos para uma tentativa de aproximação de conceitos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS (PARA NÃO CONCLUIR)

A crise civilizacional sócio-climático-ambiental demanda da sociedade uma ruptura radical com essa civilização, seus valores, sua economia, sua cultura e sua política, para que se possa pensar na continuidade da vida em nosso planeta-pátria. A importância das lutas e movimentos sociais, ecológicos, socioambientais e ecossocialistas é fundamental na gestação de um novo Estado, ainda que de transição, e de um novo Direito.

Esse novo Direito pode beber tanto na tradição do socialismo libertário e antiburocrático, como nas lutas do ecologismo popular, do socioambientalismo e da justiça social em todas as partes do mundo, onde as experiências originais dos povos tradicionais, que resgatam valores ancestrais, em que a natureza, vista como mãe, não pode nunca ser encarada como um mero recurso, como matéria-prima para os produtos, como mercadoria, como algo que tenha apenas valor de troca.

O Ecossocialismo ainda é uma promessa, uma aposta, mas, é uma necessidade premente para garantir a sobrevivência da humanidade, enquanto espécie e sociedade, e da vida na Terra. Esse ser em processo, em construção, permite que se possa dialogar com as experimentações jurídico-políticas cujas premissas são a igualdade social, a sustentabilidade ecológica, e a defesa da diversidade em seus aspectos biológico, social, étnico e cultural.

Afinal, o que se coloca para a humanidade é o desafio da constituição dessa nova sociedade que possa vir a ser, a um só tempo, politicamente democrática, socialmente justa e igualitária, cultural e etnicamente diversa e ambientalmente sustentável. A sociedade ecossocialista.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A.; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALIER, Joan Martinez. **O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagem de valoração**. Trad. Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica e Meio Ambiente: uma proposta de Hermenêutica Jurídica Ambiental para a efetivação do Estado de Direito Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____; Matias, João Luis Nogueira. **A Função Ambiental da Propriedade**. http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_216.pdf

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia**. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro* 2^a. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

Conferencia Mundial de los Pueblos sobre el Cambio Climático y los Derechos de la Madre Tierra: <http://cmpcc.org/derechos-madre-tierra/>

Conselho Empresarial Brasileiro para o Desenvolvimento Sustentável: www.cebds.org.br

COELHO, Luis Fernando. **Dogmática, Zetética e Crítica do Direito Ambiental**. <http://revistas.unipar.br/juridica/article/viewFile/2262/1863>

HARRIBEY, Jean-Marie. **Marxismo ecológico ou ecologia política marxiana**. http://resistir.info/ambiente/ecologia_politica.html

Intergovernmental Panel on Climate Change. http://www.ipcc.ch/publications_and_data/ar4/syr/en/spm.html

International Federation of Red Cross Red Crescent Societies. <http://www.ifrc.org/publicat/wdr2001/>

KEMPF, Hervé. **Como os ricos destroem o planeta**. Trad. Bernardo Ajzenberg. São Paulo: Globo, 2010

LATOUCHE, Serge **Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno**. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo, Edições 70, 2011

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 3. ed. Ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE, José Rubens Morato. **Sociedade de Risco e Estado**. In CANOTILHO,

José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro** 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOVELOCK, James. **Gaia: alerta final**. Trad. Vera de Paula Assis, Jesus de Paula Assis. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010

LÖWY, Michael. **Ecologia e socialismo**. São Paulo: Cortez, 2005.

MARENGO, José A. **Mudanças climáticas globais e seus efeitos sobre a biodiversidade**: caracterização do clima atual e definição das alterações climáticas para o território brasileiro ao longo do século XXI. Brasília: MMA, 2006.

MORIN, Edgar; KERN, Anne-Brigitte. **Terra-Pátria**. Trad. Paulo Azevedo Neves da Silva, 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2005

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. **O desafio ambiental**. Rio de Janeiro: Record, 2004.

REPÚBLICA DE BOLÍVIA. *Constitucion Politica del Estado*, 2009.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Hablamos Del Socialismo del Buen Vivir**. <http://www.alames.org/documentos/socialismoboav.pdf>

PLANETARY CRISIS, ENVIRONMENTAL STATE AND ECOSOCIALISM

Abstract: *This paper aims at discussing the impacts of current global environmental crisis on human society and law. Intends, with this, from what it conceives of a planetary crisis, with characteristic “policrisis” look at how the environmental movement and how it reacted influenced the law, in particular, Environmental Law, in dialogue with the new finally proposal of ecological socialism or eco-socialism. The claim of the article is not, obviously, exhaust the subject, which is brand new in the social sciences, especially in law, but merely to approximate like the concepts of State for Environmental Law and Ecosocialism. All with a view to overcoming the crisis that humanity - life as a whole - is steeped today.*

Keywords: *Environmental Crisis. Law. Ecosocialism.*

Data de recebimento: **nov/2010** – Data de aprovação: **jan/2011**

MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO – UM ESTUDO SOBRE A APLICABILIDADE NA SEGUNDA UNIDADE DOS JECC DA COMARCA DE FORTALEZA

Carlos Henrique Garcia de Oliveira

Mestre em Direito (UFC). Professor da curso de Direito da FA7. Juiz de Direito em Fortaleza (CE).

professorcarloshenriqueoliveira@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1. Mediação. 2. Mediação incidental e mediação parajudicial. 3. Conciliação. 4. Distinção entre Mediação e Conciliação. 5. O aprimoramento da Justiça Estadual — a mediação e a conciliação na Segunda Unidade do Juizado Especial Cível e Criminal. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente ensaio se presta a demonstrar um breve estudo sobre os institutos da Mediação e da Conciliação, bem como sua efetiva aplicabilidade na Segunda Unidade dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Comarca de Fortaleza de Entrância Especial do Estado do Ceará. A pesquisa de campo feita no juizado em epígrafe avaliou a viabilidade, adoção e aplicação dos métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, haja vista que evidencia uma mudança nos padrões tradicionais de solução de conflitos, ao mesmo tempo em que se reconhece e valoriza a eficácia dos métodos alternativos de solução de conflitos, também conhecidos como MASCS. Reconhecemos a atividade exercida pelo Conselho Nacional de Justiça, no que pertine à aplicabilidade dos MASCS no âmbito do Poder Judiciário, tendo como portal de acesso os Juizados Especiais. Demonstramos as estatísticas do referido Juizado, quanto à Mediação – recentemente implantada com sucesso - bem como, quanto a Conciliação, situação em que já vem obtendo um excelente percentual de acordo, que implica também no descongestionamento da justiça. Ao final, alertamos que, não obstante todos os esforços, é necessário que não se confundam – Mediação com Conciliação – e que haja realmente uma mudança nos paradigmas da Justiça.

Palavras-chave: Mediação. Conciliação. Métodos alternativos de solução de conflitos. Juizados Especiais.

INTRODUÇÃO

O trabalho menciona tema de diversas outras áreas do direito (material e processual), sem, contudo, discuti-los ou esgotá-los. Quando propõe a adoção de uma política nacional de incentivo aos mecanismos para obtenção da autocomposição, deixa claro que tem por escopo mostrar a importância dos institutos da mediação e da conciliação, bem como a prejudicial fungibilidade entre os mesmos. Ocupamos-nos em estudar a aplicabilidade e eficácia da lei nº 9.099/95 no que tange à conciliação, utilizando como parâmetro o Juizado Especial da Segunda Unidade localizado no Bairro da Maraponga, em Fortaleza-Ceará.

Da mesma maneira que a temática sobre mediação e conciliação abordada neste breve estudo é relativamente recente no mundo jurídico pátrio. Igualmente ocorre com os juizados especiais no âmbito federal e estadual. Muitos desconhecem a sistemática e funcionalidade dos juizados especiais, e de certo modo da mediação e conciliação. Portanto, a conciliação, a mediação e os juizados especiais estão presentes nestas discussões interagindo como tema.

O estado do Ceará implantou o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais mediante a criação da Lei nº 12.553, datada de 27 de dezembro de 1995, que trata da sua organização, composição e competência. Os Juizados Especiais são oriundos dos Juizados de Pequenas Causas, e que posteriormente receberam esta nova denominação melhor apropriada. Em Fortaleza existem vinte unidades de juizados especiais distribuídas em bairros.

A opção pelo estudo sobre Mediação e da Conciliação no âmbito do Juizado Especial estadual se deu em virtude do alcance geográfico na área de Fortaleza, o que faz com que atenda mais diretamente a população. Concentramos nosso estudo de campo na Segunda Unidade do Juizado Especial Cível e Criminal.

1 MEDIAÇÃO

O vocábulo mediação provém do latim *mediare* que significa estar no meio, que exprime um conceito de neutralidade do mediador. Quando devido à natureza do impasse, quer seja por suas características ou pelo nível de envolvimento emocional das partes, fica bloqueada a negociação, há a inclusão informal ou formal de terceiro imparcial na negociação ou na disputa ocorre o evento chamado mediação.

A mediação informal ocorre no dia a dia em variadas situações, desde a interferência de parentes e amigos até a de líderes comunitários e religiosos. São mecanismos informais, sem estrutura, sem destinação exclusiva. Seguem métodos intuitivos, sem reflexão, baseados no bom senso e experiência de vida, fortalecidos pelo conhecimento que o mediador informal normalmente tem dos

envolvidos e do próprio problema (embora esse conhecimento possa constituir-se em vício para a mediação, quando a aproximação cotidiana dos envolvidos com o mediador retira-lhe o caráter de imparcialidade).

Por outro lado, paulatinamente, vem surgindo a mediação como um mecanismo formal, estruturado, fortalecido por técnicas e teorias, estudado por inúmeras ciências (como ocorre com a negociação). A mediação, que se mantinha, no entanto, como atividade não jurídica, distante das regras processuais e das técnicas da conciliação, vem passando por uma institucionalização, por meio de Projetos de Lei e Provimentos. No entanto, pela experiência e observação, no Juizado Especial da 2ª Unidade de Fortaleza – Ceará há muito se percebe que é perfeitamente possível a realização desse instituto, desde que observados e preservados os princípios basilares da mediação, vindo a ser inclusive recomendado em determinadas situações, como por exemplo, nos conflitos de vizinhança, de condomínio, escolas, ações frequentes nos Juizados Especiais.

A mediação não possui formas rígidas, mas sua realização profissional é caracterizada por métodos elaborados e comprovados com rigor científico. Suas principais características são: a cooperação, a autocomposição, a confidencialidade, a ênfase no futuro e a economia de dinheiro, tempo e energia.

Entretanto, o mediador não é um mero assistente passivo, mas sim um modelador de ideias. Ele lança mão de técnicas especiais e com habilidade escuta as partes, as interroga, apaga o problema, cria opções e tem como escopo, que as partes cheguem à sua própria solução do conflito, isto é autocomposição. É fundamental conscientizar as partes de que no dia a dia são elas e somente elas, quem deverão conviver com aquela determinada situação e que, por essa razão a solução deverá partir das vontades dos envolvidos. Por isso o mediador não expressa sua opinião sobre o resultado do pleito. Tal atitude consiste na regra de ouro do mediador, característica que diferencia a mediação de outros mecanismos que igualmente visam à obtenção da autocomposição.

Para desempenhar bem o seu papel, o mediador deve demonstrar neutralidade, capacitação, flexibilidade, inteligência, paciência, empatia, sensibilidade, imaginação, energia, persuasão, capacidade para se distanciar de ataques, objetividade, honestidade e perseverança, além de ser digno de confiança e ter senso de humor.

A confidencialidade da mediação é uma de suas características mais importantes, constituindo-se no maior dever do mediador. O custo da mediação é em muito inferior ao custo do processo judicial. Além de dispensar advogados (não quer dizer que os envolvidos não possam ser assistidos), o serviço do mediador dispensa estruturas complexas, bastando-lhe uma sala e uma secretária. Com relação a estrutura da sala, esta deve ser de preferência um ambiente tranquilo, a

parede pintada em cores suaves, ternas, aconselha-se a cor azul, por ser uma cor que transmite serenidade. As cadeiras devem ser dispostas em círculo e não deve haver nenhuma mesa no centro, para que o mediador não assuma alguma posição que indique superioridade em relação aos envolvidos.

Há, entretanto, casos em que não se recomenda a mediação, quando existe certo grau de desequilíbrio de poder entre os envolvidos. Neste caso, a interferência do Estado se apresenta como solução mais adequada.

Quanto as etapas do Processo de Mediação, os estudiosos mencionam que existem algumas. Importa dizer que, independentemente do método escolhido para o procedimento, a mediação sempre apresenta três etapas imprescindíveis: instalação, negociação e acordo.

O mediador utilizará várias técnicas de encaminhamento da mediação, esclarecendo aspectos deste encaminhamento de forma permanente, formulando perguntas, escutando atentamente as partes e seus representantes advogados, tomando notas, e poderá ouvir as partes ou seus advogados em separado, quantas vezes quantas forem necessárias, devendo, quando chegar o momento, encaminhar as propostas de uma parte à outra no intuito de alcançar um acordo, em geral escrito, que representará o resultado positivo da mediação.

No Brasil, existe o projeto de lei nº 94 de 2002, que trata da mediação, de autoria da deputada Zulaê Cobra Riberiro, foi aprovado na Câmara dos Deputados e encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Existe também um anteprojeto de lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Escola Nacional de Magistratura, apresentado ao Ministro da Justiça, no ano de 2002. Atualmente existe um novo projeto de lei, numa versão consensuada, pois reúne os autores do projeto e do anteprojeto acima mencionados, onde, por iniciativa do Secretário da Reforma do Judiciário, juntamente com o Ministro da Justiça, foi amplamente debatido em audiência pública, na data de 19 de setembro de 2003, e além de contar com as presenças dos autores do projeto e anteprojeto iniciais, participaram também os membros do Poder Judiciário da Advocacia e das instituições, entidades e pessoas especializadas em mediação. Os participantes apresentaram sugestões e algumas foram acolhidas pela comissão conjunta e passaram a incorporar o texto final do novo projeto.

Hodiernamente, é sabido que através do Provimento nº. 7 de 7 de maio de 2007 do Conselho Nacional de Justiça põe em prática a mediação incidental, sempre tendo como escopo a observância dos artigos 5º, inciso XXXV e 37º de Constituição da República Federativa do Brasil, define medidas de aprimoramento relacionadas ao sistema dos juizados especiais. Percebe-se então, a merecida importância dos Juizados Especiais como um portal de abertura para a mediação.

Com o advento da Resolução nº 125, de 25 de novembro de 2010 do Conselho Nacional de Justiça, tivemos a definição de uma política nacional de “tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário” e disciplina o modo de funcionamento, bem como estabelece os prazos para que os Tribunais instalem os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, além de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, e ainda, estabelece o Código de Ética que Conciliadores e Mediadores Judiciais deverão se submeter.

No âmbito judiciário, as sessões de mediação são chamadas de audiência de mediação, onde, no dia e hora, previamente marcadas as partes comparecem e o juiz inicia a sessão, ao final é redigido um termo de audiência, em que consta a realização do acordo, e em caso de não ser possível o acordo, a parte promovente fica advertida que, querendo iniciar um procedimento judicial, deverá retornar àquela Unidade Judicial.

A título de ilustração – por assim dizer – tomamos como parâmetro a Segunda Unidade do Juizado Especial Cível e Criminal em Fortaleza, onde já é uma realidade as audiências de Mediação. As primeiras audiências foram feitas pelo Magistrado daquela Unidade, que uma vez por mês realiza as audiências de mediação, haja vista que o Tribunal de Justiça local ainda se encontra em fase de implantação das diretrizes do Provimento nº 7, e da Resolução nº 125, ambos do Conselho Nacional de Justiça.

Não existe ainda uma definição acerca da figura do mediador. Esta Unidade judicial conta com um sistema totalmente virtualizado, chamado projudi, e possui atualmente 862 processos. Ainda tramitam alguns processos físicos cíveis, num total de 207 e 198 processos criminais. É importante mencionar que desde o ano 2007 vem sendo realizadas mediações “informais” neste juizado, tendo obtido resultados excelentes, além da aceitação e procura, por parte da comunidade. Entretanto, devido a informalidade do procedimento, não haviam estatísticas. Apenas após a institucionalização da mediação nos JECCs, o trabalho realizado nesta Unidade judiciária possui estatísticas, vejamos: “Na data de 18 de Março de 2011, foram marcadas duas mediações que restaram prejudicadas em virtude da ausência da parte promovida.”.

Cumprе destacar que o Tribunal de Justiça do Ceará, atendendo a determinação do Conselho Nacional de Justiça, através do Provimento nº 3/2011, institui o Núcleo para Solucionar Conflitos por meio da Mediação, e designa os integrantes que dele participarão, por meio da portaria 281/2011 deste Tribunal. De acordo com este documento será implantada a Central de Mediação, que funcionará no Palácio da Justiça e ficarão a cargo da coordenação deste núcleo, um desembargador e um juiz do JECCs, além de uma equipe de apoio, multi-

disciplinar, que auxiliarão no funcionamento da Central, que deverá iniciar seus trabalhos no fórum Clóvis Beviláqua. Em etapa posterior, o setor implantará a mediação nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e, por último, nas Comarcas do interior do Estado.

2 MEDIAÇÃO INCIDENTAL E MEDIAÇÃO PARAJUDICIAL

Considerando que não faz parte da cultura do brasileiro a busca espontânea dos mecanismos de solução dos conflitos, é que a relação com a justiça se faz necessária. Em decorrência desse aspecto cultural, o número de mediadores e de interessados em praticar essa atividade ainda é inexpressivo em face das dimensões e da população do país. São praticamente inexistentes os cursos de formação, haja vista que são importantíssimos para o fomento dessa atividade.

Quanto à mediação parajudicial, trata-se da mediação que já é praticada espontaneamente pelos chamados, mediadores independentes, pois, embora não haja nenhuma lei prevendo tal atividade, ela não é nem poderia ser vedada, pois constitui mero auxílio a pessoas, que são livres para aceitar ou não o mecanismo. O que difere a mediação parajudicial da mediação incidental que é a relação com o Poder Judiciário e com a Ordem dos Advogados.

3 CONCILIAÇÃO

No Brasil a expressão conciliação tem sido vinculada principalmente ao procedimento judicial, sendo exercida por juízes, togados ou leigos, ou por conciliadores bacharéis em direito, e representa, em realidade, um degrau a mais em relação à mediação, isto significando que o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar a tentar induzir as mesmas a que cheguem a este resultado, fazendo-as divisar seus direitos, para que possam decidir mais rapidamente.

Autocomposição é um vocábulo mais preciso, pois indica o resultado. Por esta razão é mais apropriado falar de conciliação apenas no sentido da atividade tendente a incentivar e coordenar um acordo entre partes. A conciliação pressupõe a atividade de um terceiro, enquanto que a autocomposição tanto pode ocorrer como consequência do incentivo ou orientação de um terceiro como pode ser consequência da atividade dos próprios interessados.

Entendemos que a conciliação tem por escopo obter um acordo entre as partes e que, normalmente, o acordo obtido é do tipo transativo, o estudo dos dois institutos, conciliação e transação, tem sido, muitas vezes, elaborado em conjunto, com grande dificuldade de compreensão. Na realidade, para o direito processual, mais importante é o estudo dos mecanismos operados para atingir a transação ou outra forma de autocomposição. No caso, a conciliação.

3.1 CONCILIAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Considera-se conciliação extrajudicial somente aquela que se desenvolve sem que haja processo judicial em curso, sendo denominada pré-processual quando sobrevém o processo. A conciliação concomitante ao processo, ainda que seja levada a efeito por órgãos não-jurispcionais (conciliadores), é considerada conciliação judicial, porquanto se considera conciliação o mecanismo de solução de conflitos tendentes à obtenção da autocomposição desenvolvida por órgãos judiciais ou parajudiciais.

A conciliação extra e pré-processual é uma alternativa ao processo e um meio de evitá-lo, sendo grande a sua relevância não só por se constituir em um meio alternativo de solução dos litígios, mas, sobretudo, por evitar o processo. Todavia, há de se ressaltar que não há qualquer impedimento legal ou lógico para que se realize atividade de aproximação das partes fora do processo e do ambiente judicial, como atividade informal ou estruturada em mecanismo diverso, como por exemplo, a mediação.

A conciliação judicial é concomitante ao processo e desenvolvida no ambiente judicial. Pode ser levada a efeito pelo próprio juiz da causa ou por um conciliador. A primeira faz parte do procedimento e encontra-se prevista em diversos dispositivos da legislação processual brasileira, desde a Consolidação das Leis do Trabalho, de 1943, até recente alteração do Código de Processo Civil, tratando da conciliação na audiência preliminar. A conciliação judicial desenvolvida por conciliador assemelha-se àquela extrajudicial e prévia.

A figura central, neste mecanismo, é o conciliador. As experiências que se verificam hoje, no Brasil, indicam muito mais a atividade conciliatória concomitante ao processo do que pré-processual. Diversos tribunais têm instituído quadro de conciliadores, com o objetivo de tentar resolver as demandas já propostas, apresentando êxito razoável. Particularmente, isso já está ocorrendo no Tribunal de Justiça do Ceará, existe também a proposta de se fazer seleção para a escolha dos conciliadores.

Enquanto a conciliação pré-processual possa dispensar a homologação judicial posterior, a conciliação judicial concomitante ao processo resulta necessariamente no retorno dos autos ao juiz, seja para a atividade homologatória seja para o prosseguimento do processo.

Ao contrário do que se disse anteriormente a respeito da conciliação pré-processual, a conciliação realizada após a propositura da demanda pode evitar o labor valorativo do juiz, mas não evita o processo e a atividade jurisdicional em sentido amplo.

4 DISTINÇÃO ENTRE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

Tarefa mais árdua é estabelecer os traços distintivos entre mediação e conciliação, especialmente porque, ao adotar essa ou aquela nomenclatura para alguma atividade, os diversos organismos não cuidam de adotar terminologia coerente e uniforme, considerando as experiências anteriores de outros modelos. Portanto, a terminologia adotada nos diversos países deve ser objeto de observação e estudo, mas jamais poderá ser considerada como critério definitivo para distinção entre conciliação e mediação.

Não obstante ambas atividades apresentarem características em comum, todavia, a principal distinção entre os dois mecanismos não reside em seus dirigentes, mas sim no método adotado: enquanto o conciliador manifesta sua opinião sobre a solução justa para o conflito e propõe os termos do acordo, o mediador atua com um método estruturado em etapas sequenciais, conduzindo a negociação entre as partes, dirigindo o “procedimento”, mas abstendo-se de assessorar, aconselhar, emitir opinião e de propor fórmulas de acordo.

5 O APRIMORAMENTO DA JUSTIÇA ESTADUAL - A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO NA SEGUNDA UNIDADE DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E CRIMINAL

Inicialmente, cumpre observar que profundas alterações têm sido adotadas no processo e no aparelho judicial brasileiro, visando à efetividade do processo e desmistificando cânones antigos, como a tripartição do processo (conhecimento, execução e cautelar).

Outras alterações significativas operam-se fora do âmbito dos códigos processuais, como a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Essas modificações legislativas devem ser valorizadas, pois proporcionam melhor racionalização da Justiça, objetivando a celeridade e economia processuais. Ao lado dessas reformas, iniciativas de naturezas diversas devem ser igualmente aplaudidas, tais como o aumento do número de juízes, sua formação e capacitação; a informatização e a melhoria da infraestrutura administrativa dos órgãos judiciais. Porém, quanto aos servidores ainda há muito que se fazer quanto ao contingente e capacitação.

Surgem então ideias renovadoras propondo que sejam instituídos meios de realização da justiça diversos daqueles apontados como tradicionais ou ordinários e que proporcionem a efetiva pacificação social: são os denominados meios alternativos de solução de conflitos, objeto de estudo deste trabalho.

De qualquer forma, para uma política de solução de conflitos não se pode abrir mão da reforma das leis processuais nem da adoção de meios alternativos, pois todos (jurisdição estatal e meios alternativos) são meios adequados para a restauração da paz social.

Atualmente observa-se uma crise de credibilidade pela qual passa não só o Judiciário, mas as instituições públicas de modo geral. No ano de 2007, uma pesquisa feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros apontou os Juizados Especiais como a terceira instituição pública de maior credibilidade no País.

Hodiernamente, o que se verifica é a necessidade de capacitação nos juizados, desde um juiz atuante, qualificado, desburocratizado, por assim dizer, conhecedor dos institutos que ali podem ser postos em prática – mediação e conciliação - bem como os servidores que ali trabalham, pois os juizados são o espelho do Judiciário, haja vista que é lá onde se verifica a efetiva e rápida prestação jurisdicional.

Não obstante o fato de ainda se encontrar em fase de implantação da resolução 125 do CNJ, já são feitas mediações neste Juizado Especial. Entretanto, como ainda não há uma definição acerca do mediador, as audiências de mediação estão sendo realizadas pelo próprio magistrado coordenador do projeto, haja vista que tem conhecimento da área.

No âmbito judiciário as sessões de mediação são chamadas de audiências de mediação, onde, no dia e hora previamente marcadas, as partes comparecem e o juiz inicia a sessão. Ao final, é redigido um termo de audiência, em que consta a realização do acordo, e em caso de não ser possível o acordo, a parte promovente fica advertida que, querendo iniciar um procedimento judicial, deverá retornar àquela unidade judicial.

Tomamos como parâmetro a 2ª Unidade do Juizado Especial Cível e Criminal em Fortaleza, onde as audiências de mediação já são uma realidade. As primeiras audiências foram feitas pelo magistrado daquela unidade, que uma vez por mês realiza as sessões de mediação, pois em virtude do Tribunal de Justiça local ainda se encontrar em fase de implantação das diretrizes do Provimento nº 7 e da Resolução 125, ambos do CNJ, não existe ainda uma definição acerca da figura do mediador. O trabalho realizado nesta unidade judiciária já possui estatísticas. Vejamos: “Na data de 18 de março de 2011 foram marcadas duas mediações que restaram prejudicadas em virtude da ausência da parte promovida.”

Nessa unidade, as ações que ocorrem com maior frequência são: ações de cobrança de dívidas e taxas condominiais e reparação de danos referente a roubos de carros, motos e bicicletas. Vale ressaltar que esses fatos ocorrem nos estacionamentos dos mercantis da redondeza, bem como ações junto às empresas

fornecedoras de água e energia elétrica. Outras ações que tramitam dizem respeito a questões de vizinhança ou demarcação de propriedades. Estas últimas geram grandes celeumas, pois na área de abrangência da competência territorial, muitos imóveis são decorrentes de invasões, e outros não possuem registros cartorários próprios devido ao baixo poder aquisitivo para efetuar o pagamento das custas e taxas cartorárias, ou mesmo pelo total desconhecimento sobre a necessidade de registro e escritura de seus imóveis.

Em 28 de abril de 2011, foram marcadas seis mediações, sendo que obteve-se acordo em três, ficando apenas uma sem a realização de acordo, e nas duas restantes a correspondência não voltou a tempo, ficando dessa forma sem saber se a parte promovida havia sido comunicada. Portanto, foi obtido 50% (cinquenta por cento) de acordo.

No que pertine às conciliações no Juizado, são realizadas pela conciliadora e pela auxiliar de conciliação, a primeira por indicação do magistrado e nomeada pelo Diretor do Fórum, para um mandato de dois anos, renovável por igual período. A segunda é servidora da Justiça, graduada em Direito, sendo nomeada pelo juiz titular do Juizado dentre os servidores aptos.

Outrora, sem a auxiliar de conciliação eram realizadas diariamente cerca de doze audiências de conciliação e cinco de instrução. Atualmente, com a auxiliar de conciliação trabalhando simultaneamente com a conciliadora, podem vir a ser realizadas até cerca de vinte audiências de conciliação por dia – este quantitativo depende da demanda.

O ambiente interno é refrigerado, e o mobiliário passou por recente reforma. Nota-se a preocupação em apresentar um caráter mais acolhedor com a utilização de aparelho de televisão na recepção, decoração discreta e nas salas de conciliações e audiências o uso da aromaterapia e musicoterapia está sendo implantado. Essas são formas de humanização do espaço público, atualmente em prática em centros urbanos mais avançados e com concepções de administração mais sensíveis em dimensionar e reconhecer as diferenças suscetíveis a cada tipo de público correspondente.

A utilização de tais métodos tem como objetivo harmonizar o ambiente, favorecendo um maior bem-estar e compreensão entre as partes envolvidas em um litígio, de modo a contribuir para uma conciliação mais profícua. Muito embora, para os que compreendem a dinâmica e filosofia de um juizado especial que dá ênfase aos institutos da mediação e conciliação é sabido que os doutrinadores insistem no uso de tais práticas a começar pela tonalidade das paredes dos ambientes e utilização de mobiliário próprio, somados às demais terapias de ambientalização moderna, tais como músicas, aromas, jardins, águas, cores, quadros, climatização etc.

Esta reestruturação, somada aos objetos de acervo pessoal do magistrado e demais práticas com custeio próprio, vem gerando um excelente resultado na comunidade presente naquela Unidade jurisdicional. Ressaltou ainda o magistrado, que existe projeto de implementação de atividades de dinâmicas de grupos com a equipe de trabalho, através da consultora em Neurolinguística, que voluntariamente acolheu o pedido e apresentou plano de trabalho nessa área.

A Segunda Unidade do Juizado Especial Cível e Criminal é formada por uma equipe de dezesseis pessoas, sendo composta por um Juiz de Direito, um Promotor de Justiça, uma auxiliar da promotoria, três policiais militares, um estagiário voluntário, uma diretora de secretaria, um analista judiciário, uma conciliadora, uma auxiliar de conciliação, uma servente e quatro atendentes judiciárias.

Pela pesquisa de campo realizada neste Juizado percebem-se várias peculiaridades decorrentes da localidade em que o Juizado se situa. Outra questão tratada pelo magistrado diz respeito ao critério de seleção dos vinte conciliadores nomeados por ato do Tribunal de Justiça. Foi proposta a ideia de que seja feita uma seleção pública para os cargos de conciliadores, encerrando a celeuma sobre quais critérios norteadores definem os capacitados para o exercício de tão nobre função, que é a de conciliar.

Outro aspecto de grande importância a ser considerado pelo Juiz Titular da Segunda Unidade diz respeito ao fato de que os membros integrantes do Tribunal do Povo - instância superior em grau de recurso das decisões julgadas nos Juizados Especiais - devem ser juizes de Direito nomeados pelo Tribunal de Justiça para um período de dois anos, podendo ser renovado a critério do próprio Tribunal de Justiça. Entretanto, não obstante o fato de serem juizes capacitados em suas funções jurisdicionais, mas por serem afeitos à prática constante de suas respectivas varas da processualística cíveis e criminais, muitas vezes apresentam dificuldades em compreender a estrutura processual e os princípios norteadores da Lei 9.00/95 - Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - gerando impasse em vários nos acórdãos. Entende-se ser conveniente que o Tribunal de Justiça do Ceará, através da Escola da Magistratura do Estado do Ceará, crie um breve Curso de Aprimoramento em matéria de Juizados Especiais capacitando-os para o exercício em segunda instância.

Nas palavras da conciliadora daquela Unidade, assevera que o juiz é o reflexo, ou seja, ele imprime a sua maneira de conduzir as ações, o seu modo de julgar. Ocorre que, infelizmente, existem pessoas que tentam tirar proveito das facilidades da Lei 9.099/95. Um exemplo disso é que, pelo fato de não ser necessário a presença de advogado, indivíduos especializadas em instruir erroneamente pessoas a ingressarem com ação, em geral pedindo reparação de danos, quando elas não sabem quantificar o dano que sofreram ou ainda pior, confundem

o significado de dano com mero aborrecimento. Um exemplo disso, foi de uma pessoa que ingressou com ação de reparação de dano porque havia comprado uma torta de frango e ela — a torta — estava torta.

Evidencia-se como fator prejudicial, a falta de conhecimento e valoração do instituto da mediação e conciliação, por parte do jurisdicionado, e muitas pessoas não reconhecem a verdadeira importância e seriedade desses institutos.

Pelo valor das ações ali intentadas até o limite de vinte vezes o valor do salário mínimo, não se requer advogado, podendo a parte interessada comparecer ao balcão de atendimento e relatar o seu caso, e este ser reduzido a termo. No entanto, é necessário que o servidor que faz este atendimento esteja apto a prestar todas as informações necessárias, pois a pessoa que ali se apresenta é, em geral, totalmente leiga, sendo necessárias informações precisas, em linguagem clara, acessível, de fácil compreensão para que a mediação ou a conciliação venha a obter êxito. Um exemplo disso é informar *ab initio* o promovente sobre as peculiaridades da lei 9.099/95.

A citação é feita por carta (AR), e o carteiro vai até o endereço do demandado (que foi previamente fornecido e confirmado pelo demandante), e assim o fará por três dias consecutivos e em horários alternados, não encontrando a pessoa por incompatibilidade de horário ou porque ele está se ocultando, deixará um aviso para que ele compareça aos correios para resgatar a citação. Se o motivo de não encontrar o demandado for porque ele mudou de endereço, levará de volta a citação e o conciliador intimará o demandante para que este apresente o novo endereço em 15 (quinze) dias. Se ainda assim o demandante confirmar que o endereço está correto, então o oficial de justiça fará a citação. Mensalmente é feita uma estatística e enviada para o Tribunal de Justiça, que faz o controle. Só figuram nessa estatística as audiências realizadas, isto é, aquelas em que as duas partes compareceram (promovente e promovido).

No Juizado em epígrafe, a realização deste trabalho possui algumas estatísticas bastante favoráveis, conforme demonstra a breve estatística a seguir:

No mês de novembro de 2010 foram designadas 182 audiências de conciliação – somatório da conciliadora e da auxiliar de conciliação e contabilizando-se apenas as audiências realizadas – 77 audiências realizadas, 49 acordos, totalizando percentual de 63%. No mês de dezembro de 2010 foram designadas 71 audiências de conciliação – somatório da conciliadora e da auxiliar de conciliação e contabilizando-se apenas as audiências realizadas – 30 audiências realizadas, 12 acordos, totalizando percentual de 40%. No mês de janeiro de 2011 foram designadas 105 audiências de conciliação – somatório da conciliadora e da auxiliar de conciliação e contabilizando-se apenas as audiências realizadas – 37 audiências

realizadas, 17 acordos, totalizando percentual de 45,9%. No mês de fevereiro de 2011 foram designadas 91 audiências de conciliação – somatório da conciliadora e da auxiliar de conciliação e contabilizando-se apenas as audiências realizadas – 37 audiências realizadas, 15 acordos, totalizando percentual de 40,5%. No mês de março de 2011 foram designadas 163 audiências de conciliação – somatório da conciliadora e da auxiliar de conciliação e contabilizando-se apenas as audiências realizadas – 68 audiências realizadas, 30 acordos, totalizando percentual de 44,1%.

No ano de 2006 aconteceu a primeira mobilização em prol da conciliação. Trata-se do dia Nacional da Conciliação, realizado no dia 8 de dezembro, data em que se comemora o dia da Justiça. Todas as Varas e Juizados Especiais realizaram audiências de conciliação, o dia inteiro. Este evento mobiliza juízes, promotores de justiça e servidores para a realização do maior número possível de conciliações. Convém mencionar que a justiça cearense no ano de 2007 realizou a 1ª Semana da Conciliação - de 3 a 8 de dezembro, com a mesma estrutura da mobilização do Dia Nacional da Conciliação - a realização do maior número possível de conciliações. Desde então, todos os anos existe esta mobilização nacional em prol da conciliação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fundamental a adequada formação e permanente preparação do terceiro imparcial que irá participar de algum dos mecanismos para a obtenção da autocomposição. O êxito estará garantido à medida que o terceiro imparcial tiver capacidade para interpretar corretamente as expectativas dos envolvidos. Portanto, de forma a atingir um ponto de encontro que satisfaça as exigências de todos.

Vale ressaltar que no processo de solução extrajudicial de disputas não utilizamos o termo “partes” e sim “assistidos”.

A formação do advogado, igualmente, é essencial e este necessita de treinamento técnico específico para atuar como negociador de seu cliente, ou seja, de forma consciente na conciliação.

A amplitude de objetivos leva à consideração de proporcional amplitude de aplicação dos meios alternativos, que se constituem em um sistema multiportas, com alternativas adequadas a cada espécie de conflito. Os meios de solução dos conflitos, ordinários ou alternativos, são eficientes para compor situações jurídicas de toda ordem, quer tenham natureza civil, penal ou administrativa. Qualquer que seja o campo do Direito onde esteja situado o conflito, sua solução é sempre possível e os meios para atingi-la são diversos. O ordenamento legal, por vezes, limita determinada forma de solução apenas a alguns tipos de litígio. Não se pode, com isso, afirmar que tecnicamente existia restrição a que todo e qualquer

conflito seja passível de solução por uma determinada forma, seja aquela apontada como ordinária, seja qualquer uma das denominadas alternativas. Há meios adequados à solução de cada tipo de conflito de interesses e deve haver liberdade de escolha pelos próprios envolvidos do meio que entenderem mais adequados.

Um sistema de solução dos conflitos é eficiente quando conta com numerosas instituições e procedimentos que permitem prevenir e solucionar a maior parte das controvérsias com o menor custo possível, partindo da necessidade e interesse das partes.

“Da justiça estatal para a justiça alternativa” – é um caminho de transformação e mudança social, que transforma a cultura impositiva em uma cultura de consenso.

Todavia, ainda permanece a histórica resistência de algumas corporações à adoção dos mecanismos extrajudiciais para a obtenção da autocomposição. Temos como exemplo alguns magistrados, advogados e promotores de justiça. Pois, de um lado, alguns juízes sentem seu poder reduzido por deixar de exercê-lo em todos os litígios. De outro, os advogados apontam como falha do sistema alternativo a dispensa de sua participação obrigatória. No campo penal, enquanto o Ministério Público demonstra temor da impunidade (como se hoje esse fenômeno não se verificasse), os advogados relutam em aceitar a aplicação da pena sem que seja emanada de um sistema impositivo. Verifica-se, pois, que a adoção de um sistema alternativo, também chamado de multiportas, é uma opção política, que balança os alicerces de profundos interesses já sedimentados e, sendo o sistema jurídico fechado e complexo, afasta a sociedade da discussão e confere ao tema a chancela de técnico.

Ademais, faz-se necessário a consciência de que o tema deixe de ser discutido apenas internamente, dentro dos tribunais, mas que ganhe mais abrangência por um debate nacional descentralizado, pois só assim conheceremos o real posicionamento de toda a sociedade acerca do tema.

Essas considerações são importantes para que todos os envolvidos conheçam o sistema antes de optarem por este ou aquele mecanismo de solução de conflitos. Sua adoção pode trazer vantagens ou desvantagens, a depender do caso e da situação do envolvido. O certo é que, sendo um sistema múltiplo e optativo, sempre que adotado há de proporcionar vantagens aos envolvidos e, diretamente, a toda a sociedade, que se torna mais saudável à medida que seus conflitos são efetivamente resolvidos. Mais certo ainda, é que a autocomposição proporciona uma melhor adaptação dos envolvidos com a solução do conflito.

REFERÊNCIAS

BACELAR, Roberto, **Juizados Especiais**: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERNANDES, Antônio Scarance; GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GOMES, Luis Flávio. **Juizados Especiais Criminais**. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça.” **Revista Forense**. Rio de Janeiro. Vol. 326, 1994.

_____. “Aspectos constitucionais dos juizados especiais de pequenas causas.” In: Watanabe Kazuo (coord.) **Juizados especiais de pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Manual de pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRs, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. III.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare – Um guia prático para mediadores**. 2. ed., Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

SELVA, Alessandra Gomes do Nascimento. **Técnicas de Negociação para Advogados**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. “Princípios e critérios no processo das pequenas causas.” In: Watanabe Kazuo (coord.) **Juizados especiais de pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. “Conciliação e juizados de pequenas causas.” **Revista dos Tribunais**. São Paulo, 1999.

_____. “Deformalização do processo e deformalização das controvérsias.” **Novas tendências do direito processual**. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

URY, Willian L. **Como chegar ao sim** Rio de Janeiro: Imago, 1994.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação**: Guia para usuários e profissionais. São Paulo: IMAB. 2001.

VEZZULLA, Juan Carlos. **A mediação de conflitos com adolescentes autores de ato infraconal**. Florianópolis: Habitus, 2006.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador. V. 1**. Florianópolis: Habitus, 2001.

Sítios eletrônicos consultados:

www.cnj.org.br

www.tjce.org.br

MEDIATION AND CONCILIATION – AN EXPERIENCE IN FORTALEZA, BRAZIL

Abstract: *This essay focuses briefly on the practice of mediation and conciliation techniques in the 2nd. Unit of the Special Courts in Fortaleza (Ceará, Brazil). It was made an empyrical research that evaluated the aplicability of such techniques, that proved quite successful, considering the changes of paradigms in Brazilian society and, of course, in the Judiciary system.*

Keywords: *Mediation. Conciliation. Alternative dispute resolution. Special courts.*

Data de recebimento: **nov/2010** – Data de aprovação: **jan/2011**

IMPOSIÇÃO DO DIREITO SANITÁRIO SOBRE OS INTERESSES ECONÔMICOS E COMERCIAIS NAS ZONAS PORTUÁRIAS. ANÁLISE DE UM CASO CONCRETO

Luís Praxedes Vieira da Silva

Mestre em Direito (UFC). Professor do curso de Direito da Unifor.
Juiz Federal em Fortaleza (CE).
luispraxedes@unifor.br

Sumário: Introdução. 1. Fluxo comercial nas zonas portuárias. Importação e exportação. 2. Superioridade do Direito Sanitário sobre os interesses comerciais nas relações de comércio exterior. Conclusão. Referências.

Resumo: Podem os interesses comerciais superar os interesses de saúde da população de um determinado país? Esta é a indagação feita na análise deste trabalho a partir da ótica de um juiz ao ter que decidir um determinado caso concreto de produto alimentício importado e que foi declarado impróprio para o consumo pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Palavras-chave: Comércio exterior. Direito Sanitário. Atuação Judicial. Direito Concreto

INTRODUÇÃO

As zonas portuárias de qualquer país têm uma grande importância estratégica e comercial. É por intermédio delas que a movimentação econômica mais significativa acontece, através de importação e exportação de mercadorias, já que o grande volume de mercadorias, tanto em quantidade como em dimensões, é transportado hoje em dia através dos navios de grande porte. Principalmente através dos containeres, regulados pela lei 6.288/1975, sem falar no transporte de combustível fóssil, feito pelos grandes navios petroleiros.

As áreas dos portos e aeroportos, por serem estratégicas para o poder público, concentram diversas atividades públicas de controle, como a atividade

de fiscalização tributária sobre o comércio exterior, conforme previsto no art. 237 da Constituição Federal: “Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda.”

Temos também as empresas que controlam o armazenamento das mercadorias que chegam do exterior nos navios e das que aguardam a liberação para exportação. E as que fazem um trabalho igualmente importante e estratégico que são as equipes do Ministério da Agricultura para o controle das mercadorias consumíveis que saem e principalmente das que entram, bem como das equipes de vigilância sanitária para o controle de pragas e doenças, tendo um importante poder de polícia administrativo, garantido por lei, para que possam bem desempenhar este relevante serviço público.

O que fazer quando se constata que uma determinada mercadoria consumível, como arroz, por exemplo, em grande quantidade, está estragada? O que pode fazer o Poder Judiciário quando, em meio à discussão de um processo judicial, que envolve o questionamento de um desembaraço aduaneiro e da declaração judicial de invalidação, de uma decretação da pena de perdimento de mercadoria feita pela Receita Federal Alfandegária, a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) constata que a mercadoria está estragada e não pode ser liberada? Dá para se aproveitar a mercadoria? É possível se passar por um processo de transformação para aproveitá-la? Ou a mesma deve ser destruída? Estes são questionamentos que o juiz deve ter em mente ao ter que decidir a causa. Como deverá enfrentar tal situação?

1 FLUXO COMERCIAL NAS ZONAS PORTUÁRIAS. IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO

Não resta dúvida de que a grandeza e pujança de um país se dá pela sua capacidade de produção interna, pelo crescimento econômico e pelo equilíbrio de sua balança comercial. Ou seja, o país deverá ser capaz de exportar mais e importar menos. Interessante sobre esta proposição o que diz Arthur Schopenhauer sobre a independência pessoal do homem, comparada a de uma nação:

Assim como é venturoso o país que precisa de pouca ou de nenhuma importação, também o é o homem que se satisfaz com a riqueza interior e que, para entreter-se, não necessita de nada, ou de pouco que venha de fora, é que essa importação custa muito, torna dependente, traz perigos, descontenta, e não é, afinal, senão um mal sucedâneo das produções do próprio solo. (SCHOPENHAUER, 1964).

Mas hoje em dia a concepção é outra. Nenhum país que queira progredir pode prescindir do intenso comércio internacional. A China, isolada na época da Revolução Cultural de Mao Tse Tung nos anos 1960, despontou depois para “economia socialista de mercado” de Deng Xiaoping e é hoje a economia que mais cresce no mundo. Portanto, a globalização é um fenômeno do qual nenhum país que queira crescer pode fugir.

Por isso, cada país define como estratégica a sua política de comércio exterior.

Sobre o comércio exterior, torna-se relevante apresentar as seguintes estatísticas sobre o fluxo do comércio exterior em 2006, importações, exportações e balança comercial (ALMANAQUE ABRIL, 2008, p. 99):

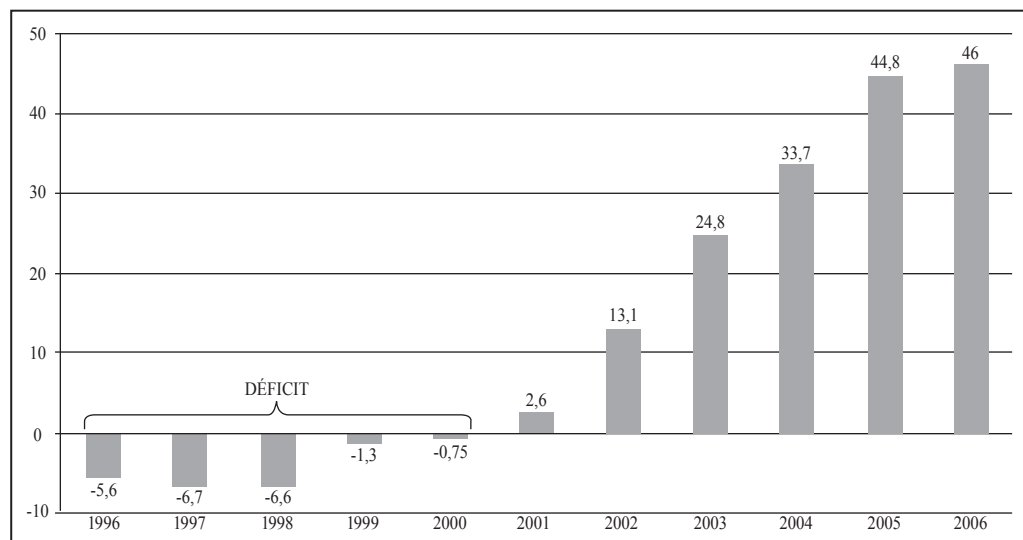
EXPORTAÇÕES BRASILEIRAS EM 2006			
PRODUTOS MAIS EXPORTADOS PELO BRASIL		PRINCIPAIS DESTINOS DE EXPORTAÇÕES BRASILEIRAS EM 2006	
PRODUTOS	% do valor exportado	PAÍS	% do valor exportado
Minério de ferro, ferro fundido e aço	6,51	EUA	18,20
Óleos brutos de petróleo	5,02	Argentina	8,60
Soja e derivados	4,12	China	6,40
Automóveis	3,34	Alemanha	4,10
Açúcar de cana, em bruto	2,86	Holanda	4,00
Aviões	2,36	México	3,30
Carne bovina	2,28	Chile	2,90
Café cru em grão	2,13	Japão	2,80
Carne de frango	2,13	Itália	2,80
Transmissores/Receptores	2,11	Venezuela	2,50
Resíduo da extração do óleo de soja	1,76	Fed. Russa	2,30
Calçados	1,42	Bélgica	2,20
Couro	1,36	Reino Unido	2,00

Fonte: Almanaque Abril 2008

IMPORTAÇÕES BRASILEIRAS EM 2006			
PRODUTOS MAIS IMPORTADOS PELO BRASIL		PRINCIPAIS ORIGENS DE IMPORTAÇÕES BRASILEIRAS EM 2006	
PRODUTOS	% do valor exportado	PAÍS	% do valor exportado
Petróleo bruto	9,94	EUA	16,1
Circuitos eletrônicos	3,19	Argentina	8,6
Peças para veículos	3,10	China	8,4
Transmissores/Receptores	2,73	Alemanha	7,4
Medicamentos	2,61	Nigéria	4,5
Automóveis	2,09	Japão	4,3
Óleos combustíveis	2,00	Coreia do Sul	3,6
Ulhas em pó	1,63	Chile	3,2
Gás natural	1,44	França	3,1
Motores para aviação	1,39	Itália	2,9
Motores para veículos	1,29	Argélia	2,5
Minério de cobre	1,19	Taiwan	1,9
Transformadores/Reatores	1,13	Arábia Saudita	1,8

Fonte: Almanaque Abril 2008

BALANÇA COMERCIAL BRASILEIRA (Em bilhões de dólares)



Fonte: Almanaque Abril 2008

Portanto, a balança comercial brasileira vem apresentando nos últimos anos um superávit comercial, resultado de nossa política voltada para exportações.

1 DA SUPERIORIDADE DO DIREITO SANITÁRIO SOBRE OS INTERESSES COMERCIAIS NAS RELAÇÕES DO COMÉRCIO EXTERIOR

Quando a ANVISA constata a existência de mercadoria deteriorada ou sujeita à contaminação, tem o dever legal de proceder a sua destruição. Estando a questão “sub judice”, cabe ao Judiciário endossar a determinação da vigilância sanitária, independente dos prejuízos ou perdas financeiras que tal decisão possa implicar para as partes envolvidas.

Ou seja, a determinação de destruir mercadoria deteriorada na área portuária e de fronteiras é competência legal da ANVISA. As atribuições da Vigilância Sanitária na área portuária estão previstas na Lei nº 6.437/1977, Decreto-lei 986/1969 e Lei 9.782/1999. O direito à saúde da população perpassa toda a Constituição, estando diretamente ligado à proteção da vida, e a vigilância sanitária desempenha papel fundamental neste particular, quando constata, em área portuária, mercadoria estrangeira em avançado estado de deterioração, tendo a ANVISA, no exercício do seu legítimo e legal Poder de Polícia Sanitária que determinar a destruição da mercadoria estragada. Neste sentido têm decidido nossos tribunais:

ADMINISTRATIVO - AUTO DE INFRAÇÃO - ANS - NORMAS SANITÁRIAS - RESPONSABILIDADE DO AGENTE MARÍTIMO - LEI Nº 6.437/77 - VERBETE SUMULAR N. 192 DO TRF - INAPLICÁVEL.

I - A ANVISA tem como atribuição institucional a promoção da proteção da saúde da população nacional, por intermédio de fiscalização, inspeção e controle sanitários realizados nos portos, aeroportos e fronteiras do País (art. da Lei 9.782/99). Assim, para tal desiderato institucional, impõe-se a fiscalização e controle sanitário sobre os alimentos ofertados para consumo a bordo de embarcações, bem como os preparados, armazenados, acondicionados dentro do prazo de validade, com vistas a garantir a segurança alimentar e evitar riscos à saúde humana.

II - Os agentes marítimos, na qualidade de representantes dos transportadores, têm a responsabilidade acerca da administração da chegada de embarcações aos portos onde serão fiscalizadas, respondendo perante a Administração Pública por infrações à legislação sanitária, nos termos do art. 10, inc. XXXIII, da Lei nº 6.437/77.

III - Inaplicável o entendimento jurisprudencial cristalizado no verbete nº 192 do extinto TRF (“O agente marítimo, quando no exercício exclusivo das atribuições próprias, não é considerado responsável tributário, nem se

equipara ao transportador para efeito do Decreto-lei 37, de 1966”), pois a orientação firmada no mencionado enunciado de súmula diz respeito à questão jurídica regida por normas concernentes ao regime jurídico tributário, o qual contém princípios específicos e regras pontuais destinados à disciplina da relação jurídico-obrigacional tributária. Ao revés, as atuações da ANVISA, em seus misteres de fiscalização sanitária, encontram-se impregnadas de conteúdo discricionário, face à natureza jurídica ostentada pelo ato administrativo fundamentado no Poder de Polícia.

IV - Negado provimento ao apelo.¹

RESPONSABILIDADE CIVIL. ILEGITIMIDADE ANVISA. UTILIZAÇÃO INADEQUADA DE MEDICAMENTO.

- Como condição da ação, a legitimidade ad causam pressupõe sempre uma necessária relação entre o sujeito e a causa. No caso, as atribuições cometidas à ANVISA pela Lei nº 9.782/99 visam à proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e fronteiras (art. 6º).

- Nesse contexto, se vê que a ANVISA detém nítido poder de polícia, revelado pelo controle e fiscalização dos produtos que podem acarretar danos à saúde pública, dentre os quais se incluem os medicamentos destinados ao consumo humano. A responsabilidade da ANVISA não pode ser ampliada a esse ponto, uma vez que se trata de fato imputado ao fornecedor (por eventual fato do produto) ou de fato de terceiro, pela prescrição e utilização inadequada do medicamento através de médico habilitado.

- Na verdade, não há nexo de causalidade entre a liberação do medicamento pela ANVISA e os prejuízos ocasionados ao agravante.²

Os atos da ANVISA exercidos no âmbito de sua atuação é o que Hely Lopes Meirelles denomina de autoexecutório, ou seja, “é aquele que traz em si a possibilidade de ser executado pela própria Administração, independente de ordem judicial” (MEIRELLES, 2000, p. 166). A ANVISA sequer precisaria de ordem judicial para determinar a destruição de produto alimentício destinado ao consumo humano em que foi constatada a sua deterioração. Sobre o assunto, têm decidido nossos tribunais, *verbis*:

EMENTA: ADMINISTRATIVO – RECURSO ESPECIAL – FECHAMENTO DE PRÉDIO IRREGULAR – AUTOEXECUTORIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO – DESNECESSIDADE DE INVOCAR A TUTELA JUDICIAL.

¹ (AMS 200351010132246/RJ, Rel. Des. Fed. Theophilo Miguel, TRF 2ª Região, Sétima Turma, DJ 21/06/2006, p. 174)

² (AG 200304010334453/RS, Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida, TRF 4ª Região, Terceira Turma, DJ 16/04/2006, p. 566)

1. A Administração Pública, pela qualidade do ato administrativo que a permite compelir materialmente o administrado ao seu cumprimento, carece de interesse de procurar as vias judiciais para fazer valer sua vontade, pois pode por seus próprios meios providenciar o fechamento de estabelecimento irregular.

2. Recurso especial improvido.”³

ADMINISTRATIVO. EXPLORAÇÃO DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. EMBARGOS. AUTO-EXECUTORIEDADE.

1. A ADMINISTRAÇÃO PODE EMBARGAR ATIVIDADES ILEGAIS SEM PROPICIAR PRÉVIA DEFESA AO INFRATOR.

2. A EMPRESA APELADA EXPLOROU ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, QUE ESTÁ DENTRO DO PERÍMETRO DE TOMBAMENTO DA SERRA DO MAR E, SENDO INCLUSIVE REINCIDENTE, FICA PERFEITAMENTE CARACTERIZADA A URGÊNCIA E IRREVERSIBILIDADE DA SITUAÇÃO QUANDO DO EMBARGO.

3. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS.”⁴

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. AMEAÇA DE TURBAÇÃO EM RODOVIA FEDERAL. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. AUTOTUTELA. DESNECESSIDADE DE PROVIMENTO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR.

1. A Administração Pública Federal tem o dever-poder de tutelar os seus bens públicos, utilizando-se, para tal finalidade, do exercício dos seus poderes de polícia, ou de autotutela, revestidos de autoexecutoriedade os atos praticados no exercício dessas competências.

2. A ameaça de turbação em rodovias federais pode ser repelida pelas Polícias Federal e Rodoviária Federal, às quais compete a preservação da ordem e do patrimônio públicos. Inteligência dos arts. 144, da CF c/c 27, PARÁGRAFO 7º, da Lei 10.638/2003 c/c art. 20, II e IV, da Lei nº 9.503/97.

3. A autoexecutoriedade dos autos praticados no exercício do Poder de Polícia, se faz desnecessária a aprovação, ou chancela, do Poder Judiciário. Ausência do interesse de agir. Sentença mantida. Apelação improvida.”⁵

Quando os bens são apreendidos ou abandonados na área da aduana a Portaria MF nº 100, de 22.04.2002 assim disciplina:

Art. 1º. A destinação dos bens apreendidos, abandonados ou disponíveis, administrados pela Secretaria da Receita Federal, quando não aplicável no art. 29, I, do Decreto-lei nº 1455, de 07 de abril de 1976, rege-se-á pelas normas estabelecidas nesta portaria.

Art. 2º. Aos bens de que trata esta Portaria poderá ser atribuída uma das seguintes destinações:

³ (RESP 696993/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, STJ, Segunda Turma, DJ 19/12/2005, p. 349)

⁴ (AMS 9004200371/PR, Rel. Min. Marga Inge Barth Tessler, TRF 4ª Região, DJ 06/09/1995, p. 58320)

⁵ (AC 329084/PB, Rel. Dês. Fed. Geraldo Apoliano, TRF 5ª Região, DJ 26/01/2006, p. 486)

(...)

V. Destruição ou inutilização nos seguintes casos:

(...)

c) mercadorias deterioradas, danificadas, estragadas, com data de validade vencida e outras, as quais, de qualquer modo, forem impréstáveis para fins de incorporação ou venda por meio de leilão.

Oportuno ressaltar a importância do Direito Sanitário na atualidade. A normatização promovida pelo Estado constitui-se num ponto fundamental para o fortalecimento do direito sanitário. O Poder de Polícia da Administração Pública possui um elastério de funções, que visa garantir a saúde, o bem comum, o direito à cidadania e, mais que tudo, o direito à vida.

O saudoso Ruy Cirne Lima já destacava em sua consagrada e pioneira obra, “Princípios de Direito Administrativo”, neste sentido:

Polícia Sanitária. Merece especial destaque no Brasil este ramo da Polícia Administrativa. Uma disposição de polícia sanitária teve já, no nosso país, o efeito, real ou protestado, de gerar uma revolução. Trata-se da lei de vacinação obrigatória, a propósito de cuja execução se verificou, a 14 de novembro de 1904, um levante militar chefiado pelo General Lauro Sodré” (LIMA, 1987, p. 118).

Atualmente está em vigor em nosso país a Lei 9.782/1999, que criou o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, atribuindo a responsabilidade de sua manutenção à Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Destacamos, assim, os seguintes dispositivos da lei, “verbis:

Art. 2º. Compete à União no âmbito do Sistema de Vigilância Sanitária:

(...)

IV – exercer a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo essa atribuição ser supletivamente exercida pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

(...)

Art. 7º. Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta lei, devendo:

(...)

XIV – interditar, como medida de vigilância sanitária os locais de fabricação, controle, IMPORTAÇÃO, ARMAZENAMENTO, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

XV – proibir a fabricação, a IMPORTAÇÃO, o ARMAZENAMENTO, a DISTRIBUIÇÃO e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

(...)

Art. 8º. Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º. Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária da Agência:

(...)

II – ALIMENTOS, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários.

(...)

§ 8º. Consideram-se serviços e instalações submetidos ao controle e fiscalização sanitária aqueles relacionados com as atividades de PORTOS, aeroportos e fronteiras e NAS ESTAÇÕES ADUANEIRAS E TERMINAIS ALFANDEGADOS, SERVIÇOS DE TRANSPORTES AQUÁTICOS, TERRESTRES E AÉREOS.” (Letras maiúsculas inseridas pelo expositor)

Sobre a abrangência do Poder de Polícia Sanitária, esclarece o administrativista português Marcello Caetano, definição em tudo coadunada com nossa lei 9.782/1999 que criou a ANVISA, e também com as atribuições do nosso Ministério da Agricultura, neste sentido:

Polícia Sanitária – Desdobra-se a polícia sanitária em três sub-ramos principais: a polícia higiênica, interna e internacional, que previne as doenças endêmicas e epidêmicas; a polícia bromatológica ou da alimentação pública; a polícia médica, que diz respeito ao exercício das diversas profissões que interessam à saúde pública.

(...)

A polícia higiênica compreende ainda, na ordem internacional:

- a fiscalização sanitária nas fronteiras terrestres, exercida sobre os viajantes, bagagens e mercadorias, podendo determinar o encerramento da fronteira relativamente ao trânsito de qualquer país onde grasse doença epidêmica.

- o serviço de sanidade marítima, destinado a evitar a importação e exportação de doenças infecciosas por via marítima, e que opera nos portos e nas embarcações, podendo embargar a entrada de navios procedentes de portos infeccionados, exercendo a fiscalização por meio das <visitas de saúde> a bordo, procedendo à desinfecção obrigatória nos casos necessários, atestando por <cartas de saúde> o estado sanitário dos portos de procedência em escala, e inspecionando, em tempos de epidemia, as pessoas que tenham que embarcar.

(...)

A polícia sanitária da alimentação compete aos médicos sanitários, veterinários municipais e agentes especiais da fiscalização dos gêneros alimentícios.

E compreende:

(...)

- o exame e a análise química, biológica e bacteriológica dos gêneros alimentícios em geral.” (CAETANO, 1999, p. 1189/1191)

Assim, a atuação da Polícia Sanitária nas fronteiras, portos e aeroportos tem uma importância significativa e estratégica para a segurança, economia e saúde de nosso país.

Deve-se levar em conta também que quando se importa mercadoria de outros países é necessário também o controle fitossanitário. Por exemplo, quando se importa arroz da Ásia, continente que apresenta várias pragas que infestam o arroz e muitas que ainda não atingiram ainda a economia nacional, como é o caso do ÁCARO INVASOR, que é a nova ameaça à produção brasileira de arroz, conforme pesquisa feita pela EMBRAPA que pode ser constatada no sítio eletrônico: www.cenargen.embrapa.br. Além do ácaro invasor do arroz (*Steneotarsonemus pinki*), outras pragas ameaçam o arroz nacional, como a “mancha-parda” e a “brusone”. Com ameaças dessa natureza é preciso ter o maior cuidado.

Ora, o cuidado é imprescindível para a segurança, saúde e economia nacional, como é o caso patente da aftosa e mais precisamente da praga do bicudo que simplesmente dizimou a economia nacional e principalmente a cearense na produção de algodão nas décadas de 1980 e 1990, uma praga que ingressou indevidamente em nosso país e liquidou nossa produção local de algodão, que era conhecido como nosso “ouro branco”. Só agora, depois de muita pesquisa, é que a EMBRAPA vem selecionando sementes resistentes, mas sem a pujança de antes. Daí a enorme importância da atuação eficiente da Polícia Sanitária em nosso país.

CONCLUSÃO

Inicialmente deve-se ressaltar a importância significativa para a economia nacional do fluxo comercial nas zonas portuárias de nosso país. Por outro lado, o objetivo de obter vantagem econômica encontra limites nos objetivos do Estado Social moderno. Sobre o assunto, adverte o professor Rogério Gesta Leal: “O desafio do Estado Social de Direito é, de alguma forma, garantir justiça social efetiva aos seus cidadãos, no sentido de desenvolvimento da pessoa humana, observando ao mesmo tempo o ordenamento jurídico. Significa dizer que este estado se encontra marcado por preocupações éticas voltadas aos direitos e prerrogativas humanas/fundamentais.” (LEAL, 2009, p. 73).

Assim, independente do valor comercial de uma mercadoria consumível importada para o Brasil, ou de sua quantidade, se a mesma apresenta algum problema em sua qualidade de consumo, se tiver estragada, se apresentar a possibilidade de trazer consigo condições de contaminação ou difusão de pragas,

a mesma deverá ser destruída, desde que constatadas tais situações pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Se a questão estiver *sub judice*, se for possível, estabelecido o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, garantias constitucionais inseridas no artigo 5º, incisos LIV e LV da Carta da República, o juiz deverá proceder a uma análise pormenorizada do caso, que geralmente envolve a empresa comercial importadora, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, em alguns casos, a Fazenda Nacional, no caso a Procuradoria da Fazenda Nacional, quando envolver também questões tributárias do comércio exterior. Ressalvados os casos de mandado de segurança, os laudos da ANVISA deverão ser avaliados por uma perícia judicial, se for possível, pois em muitas situações, como já foi ressaltado anteriormente, prevalece o Poder de Polícia Sanitária, envolvido pela autoexecutoriedade dos atos administrativos.

O importante é ressaltar que o Poder Judiciário, no Estado social e democrático de Direito, deve estar preocupado com a saúde e o bem-estar da população, na defesa do ordenamento jurídico e que o argumento econômico imposto pelas leis de mercado, só pode prevalecer quando não ofende os interesses maiores da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMANAQUE ABRIL 2008. 34. ed. São Paulo: Abril, 2007

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1999

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e Economia**: introdução ao movimento Law and Economics, Texto extraído do site JUS NAVIGANDI, 19/08/2007, disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=102555>

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais**. Os Desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000

SCHOPENHAUER, Arthur. **Aforismos para a Sabedoria na Vida**. 4. ed. São Paulo: Melhoramentos 1964

VIANNA, Luiz Werneck, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo, Marcelo Boumann Burgos. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

SANITARY LAW AND ECONOMIC AND COMMERCIAL INTERESTS IN HARBOR ZONES: CASE ANALYSIS

Abstract: *May commercial and economic interests overcome health concerns of a population? This is the main question addressed in this text, under the viewpoint of a federal judge that has to decide a case regarding imported food that was declared improper by Brazil's National Sanitary Agency.*

Keywords: *International business. Sanitary law. Judicial decision.*

Data de recebimento: **nov/2010** – Data de aprovação: **jan/2011**

LIBERDADE: UM ELO EM COMUM ENTRE MARX E RAWLS

Natércia Sampaio Siqueira

Doutora em Direito Constitucional (Unifor). Mestre em Direito Tributário (UFMG). Professora do curso de Direito da FA7. Procuradora do Município de Fortaleza. Advogada.
naterciasiqueira@yahoo.com.br

Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz

Doutor em Direito (UFMG/Universidade de Frankfurt am Main). Mestre em Direito Constitucional (UFMG). Professor-adjunto da Faculdade de Direito da UFC. Procurador do Município de Fortaleza. Advogado.

Sumário: Introdução. 1. Uma primeira abordagem a Rawls. 1.1. Posição original. 1.2. Autonomia doutrinal da Teoria da Justiça de Rawls. 1.3. Justo processo político. 1.4. Igualdade e justiça social. 1.5. A questão da propriedade. 2. Materialismo x normativismo. 3. A Liberdade em Marx e Rawls. 4. Abundância versus escassez: a justa oportunidade. Conclusões. Referências.

Resumo: O presente artigo trabalha com os aspectos centrais da Teoria de Justiça de Rawls, com a finalidade de encontrar pontos em comum com o pensamento marxista. Não obstante o diverso contexto histórico e a diferente abordagem, o conceito de liberdade, que se encontra na Teoria de Marx, revela-se similar à liberdade que impregna a teoria de Rawls, o que revela um interessante elo entre os dois autores.

Palavras-chave: Rawls. Marx. Justiça. Liberdade.

INTRODUÇÃO

Dois grandes pensadores ocidentais: Karl Marx e John Rawls. O primeiro ofereceu as matrizes fundamentais da crítica à sociedade e cultura modernas, sob os pontos de vista político, jurídico, filosófico e sociológico. O segundo desponta como um dos mais influentes pensadores da atualidade, no direito e na filosofia política. O primeiro lançou as bases fundamentais do comunismo e do socialismo; já o segundo é um dos maiores expoentes do liberalismo político norte-americano.

Não obstante as diferenças estruturais, é possível encontrar algumas semelhanças, no plano das ideias, entre esses dois autores. Pretendemos aqui oferecer uma resposta possível a tal questionamento, iniciando este trabalho com um resumo sobre os pontos mais relevantes da Teoria de Justiça de Rawls.

Depois, voltamos nossa atenção à Teoria de Karl Marx, realçando as diferenças específicas entre os dois pensadores e, ao final, encontraremos um relevante ponto em comum: a preocupação com a liberdade do homem, como faculdade de realizar-se.

1 UMA PRIMEIRA ABORDAGEM A RAWLS

Nos dias atuais, o pensamento de John Rawls atrai grande atenção da comunidade acadêmica; ele se define como liberal.

Mas o liberalismo de Rawls não se confunde com o liberalismo econômico, cujas raízes remontam ao *laissez faire* do século XIX: antes, o liberalismo de Rawls está comprometido com a igualdade de liberdades básicas e com preceitos de justiça social – seus princípios de justiça.

A teoria de Rawls converge ao objetivo de as pessoas serem igualmente respeitadas em sua liberdade para formar e desenvolver concepções do bem. A liberdade não é a tônica exclusiva da *Justice as fairness*; antes, coprotagoniza com a igualdade. Há uma linha de considerações, profundamente coerente, na qual a igualdade de liberdades não apenas inspira a posição original, como se materializa em princípio de justiça, influenciando em todas as considerações de Rawls que estruturam a sua Teoria de Justiça.

1.1. POSIÇÃO ORIGINAL

A Teoria da Justiça parte do desafio de estruturar uma sociedade sem comprometimento com uma concepção do bem, não obstante a referida perspectiva ser comprometida com a ideia de igual liberdade para a formação e desenvolvimento de concepções do bem.

Rawls assume o desafio de encontrar princípios basilares de justiça, aptos a estruturar uma sociedade de forma a se igualmente respeitar os vários modelos de vida boa, compatíveis com uma democracia. O primeiro desafio consiste em precisar o ambiente adequado à eleição dos princípios de justiça. Neste contexto, John Rawls trabalha a posição original, que seria o acordo ideal entre os representantes da sociedade que, concebendo a todos como *peessoas* livres e iguais, deliberariam, sob o *véu da ignorância*, acerca dos princípios de justiça basilares às instituições sociais.

Nesta concepção da posição original, todos os conceitos são importantes, em especial o de pessoa e o de véu da ignorância. Para John Rawls (2002, p. 60-61), *pessoa* se caracteriza pelo exercício de duas faculdades morais, a do razoável – aptidão para se comprometer com princípios de justiça – e a do racional – capacidade para formar e desenvolver concepções do bem.

Referida concepção de pessoa, por sua vez, não implicaria o comprometimento com determinado modelo de vida boa. Antes, caracterizaria “a maneira pela qual os cidadãos devem tomar consciência de si mesmos e dos demais no seio de suas relações sociais e políticas, definidas pela estrutura básica” (RAWLS, 2002, p. 156).

Importa ressaltar que os representantes, na posição original, teriam consciência não apenas do conceito de pessoa, mas de bens primários. São bens primários, para Rawls (2002, p. 166-167), as liberdades básicas, a liberdade de movimento e a livre escolha da ocupação, os poderes e as prerrogativas das funções e dos postos de responsabilidade, a renda e a riqueza e as bases sociais do respeito próprio. Referidos bens, por sua vez, não teriam a si por finalidade; na *Justice as fairness*, os bens primários têm a natureza de instrumento para que a *pessoa* desenvolva as suas faculdades morais: [...] *primary goods are social background conditions and all-purpose means generally necessary for forming and rationally pursuing a conception of the good* (RAWLS, 1999b, p.370).

Na posição social se teria, portanto, o conhecimento do conceito de pessoa e de bens primários, assim como da instrumentalidade, destes últimos, à realização e desenvolvimento das faculdades morais do racional e do razoável. Mas os representantes nada saberiam sobre as suas qualidades pessoais e as concepções do bem a que aderem. Entra, aqui, o conceito de véu da ignorância, responsável pela ausência de conhecimento sobre os talentos, as deficiências e as características pessoais e sociais dos representantes e dos seus representados; os modelos de vida boa aos quais os representantes e seus representados se filiam (RAWLS, 2002, p. 169).

Apenas nessa situação de ignorância referente à concepção do bem e aos talentos de cada um é que aos contratantes seria possível acordar sobre os princípios de justiça. De fato, os menos talentosos – conscientes desta sua situação – não aprovariam o princípio de que as funções e postos estariam abertos a todos, em condições de justa igualdade de oportunidades – antes, eles prefeririam o critério de preenchimento por sorteio; da mesma forma, os mais talentosos – cientes desta sua característica – não se comprometeriam com o princípio da diferença (SELENE, 2004, p. 114-116). É também provável que aqueles que constituíssem a maioria religiosa ou moral – sabedores desta sua posição social – optassem por impor os preceitos da sua religião ou da sua moral à sociedade. Eis uma série de exemplos que permite compreender o motivo pelo qual Rawls recorreu ao véu da ignorância, a fim de possibilitar o acordo entre diferentes pessoas com diferentes concepções do bem sobre os princípios de justiça.

Está, portanto, preparado o cenário da posição original. Os representantes da sociedade, concebendo a todos como pessoas livres e iguais e com domínio do conceito de bens primários, mas ignorantes quanto às suas características pessoais e às concepções de bem que adotam, deliberariam sobre os princípios de justiça, de maneira a proteger

[...] uma gama extensa de concepções determinadas (porém desconhecidas) do bem e que garantam da melhor forma as concepções políticas e sociais necessárias para o desenvolvimento adequado e o exercício completo e informado das duas faculdades morais (RAWLS, 2002, p. 175).

Nesse contexto, os representantes optariam pelos seguintes princípios de justiça:

- 1) cada pessoa tem um direito igual a um sistema plenamente adequado de liberdades básicas iguais para todos, que seja compatível com um mesmo sistema de liberdades para todos;
- 2) As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer a duas condições:
 - a) Elas devem primeiro ser ligadas a funções e a posições abertas a todos, em condições de justa igualdade de oportunidades;
 - b) Devem propiciar o maior benefício aos membros menos favorecidos da sociedade. (RAWLS, 2002, p. 144).

O primeiro princípio de justiça é prioritário em relação ao segundo princípio, referente à justiça social. Importa ainda ressaltar, quanto à posição original, que o seu contexto cria um ambiente propício para o exercício da prudência: como não se sabe a que concepção do bem se adere e quais os talentos próprios de cada uma, opta-se pelos princípios de justiça que permitam as melhores condições sociais para o desenvolvimento e exercício das faculdades morais pelas minorias e pelas classes desprivilegiadas. Os princípios de Rawls não permitem, dessa forma, a melhor situação possível à maioria e aos afortunados, mas às minorias e aos desafortunados (KYMICKA, 2006, p. 84).

1.2. AUTONOMIA DOUTRINAL DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS

O esforço de caracterização da posição original demonstra o comprometimento com a concepção de igualdade de liberdade para se formar e desenvolver a concepção do bem. Os princípios de justiça seriam aqueles que *pessoas* – com aptidão para vincular-se a conceitos de justiça e para formar e desenvolver concepções do bem – livres e iguais optariam, de forma a maximizar os bens necessários ao exercício das suas faculdades morais.

Fica, entretanto, o desafio de desvincular a própria posição original de uma teoria compreensiva.

A questão é que se a posição original resultar de alguma teoria compreensiva, ela estará em confronto com o espírito de igualdade de liberdade que lhe inspira. Neste ponto, surge um relevante desafio a Rawls: como justificar a sua Teoria da Justiça, de forma que ela não resulte no comprometimento com uma dada concepção do bem, excluindo modelos de vida boa possíveis em uma democracia?

Dentro deste problema, John Rawls trabalhou os conceitos de contrato social, consenso superposto e concepção política. A teoria da Justiça de Rawls não resultaria de teorias morais compreensivas, excludentes das demais. Antes, encontraria suporte nas concepções políticas às quais os vários cidadãos de uma democracia acordam.

Nessa ordem de considerações, Rawls (1999c, p. 450) traça a diferença entre uma concepção política e filosófica; a concepção filosófica seria uma concepção “*of the whole life*”, ao contrário da concepção política.

Para Rawls, os cidadãos de uma sociedade democrática, independente das suas concepções éticas, morais, filosóficas ou religiosas, são aptos, na esfera pública, a acordar sobre uma Teoria de Justiça – basilar às instituições sociais do seu país – sem que, necessariamente, advoguem esta Teoria na sua vida privada. É o que denomina de *overlapping consensus*: “*a consensus that includes all the opposing philosophical and religious doctrines likely to persist and to gain adherents in a more or less just constitutional democratic society*” (Rawls, 1999, p. 390).

A Teoria da Justiça consistiria, portanto, em uma concepção política resultado de um *overlapping consensus* e não em uma doutrina compreensiva do bem. Entretanto, a justificação política da Teoria da Justiça de Rawls passa pelo teste da realidade. Ou seja, é necessário averiguar se a referida teoria coincide, efetivamente, com as idéias intuitivamente incorporadas às instituições políticas de uma sociedade democrática. Neste tocante, conclui Rawls:

Finally, to conclude these introductory remarks, since justice as fairness is intended as a political conception of justice for a democratic society, it tries to draw solely upon basic intuitive ideas that are embedded in the political institutions of a constitutional democratic regime and the public traditions of their interpretation (1999a, p. 390).

A Teoria da Justiça materializaria, portanto, o que é intuitivo à “cultura pública de uma sociedade democrática” (RAWLS, 2000, p.213). E o fato é que as democracias contemporâneas parecem confirmar as afirmações de Rawls; nelas, as pessoas são capazes de conceber instituições sociais, sob o pressuposto da igualdade de liberdades e da justiça social, apesar das diferenças entre as concepções do bem que defendam em suas relações privadas.

E ao justificar, dessa forma, a sua Teoria de Justiça, John Rawls chegou à autonomia doutrinal – conforme pondera Catherine Audard – construindo uma Teoria autônoma às concepções do bem, que seriam preliminares à liberdade e com potencial de ‘fundamentalizar’ a própria liberdade:

[...]My interpretation is that we should from now on understand 'political' as meaning 'freestanding' or 'autonomous' in contrast to a conception that depends on a comprehensive doctrine. The doctrinal autonomy of justice as fairness mirrors the political autonomy of free and equal citizens, not dependent upon one dominant conception of the good (AUDAR, 2007, p. 184).

A *Justice as fairness* alcança o mérito de construir uma base descomprometida com concepções do bem – não obstante valorativa – a partir da qual as instituições sociais de uma sociedade democrática se desenvolvem. Neste preciso ponto, observa Hugo O. Seleme (2004, 137) que a Teoria da justiça é neutra porque, “*no estando basada en alguna concepción de la ‘vida buena’, las políticas y diseños institucionales fundados en ella no están sesgados arbitrariamente*”.

Ou seja, não obstante a eleição de princípios de justiça basilares às instituições sociais, eles já não consistem no comprometimento com modelos de vida boa. Com isso, se preserva o estado de igualdade de liberdades para se formar e vivenciar um modelo de vida boa, fundamental à concepção de democracia contemporânea e à perspectiva de liberdade individual.

1.3. JUSTO PROCESSO POLÍTICO

Para que se assegure a igualdade de liberdades, a sociedade tanto não deve estruturar-se a partir de uma concepção do bem, como não deve desenvolver-se em comprometimento com concepções do bem.

Desta feita, a Constituição resultaria da primeira aplicação dos princípios de justiça, com o objetivo de regular as liberdades básicas para a elaboração do justo processo político – sem antecipar o conteúdo da futura legislação.

Já o justo processo político se caracterizaria: a) pelo justo valor das liberdades políticas, significando que, não obstante as diferenças sociais e econômicas, todos teriam a justa oportunidade de exercer funções públicas e de influir no processo político (RAWLS, 2002, p. 178); b) pela razão pública, de forma que o processo político se consubstanciaria na argumentação com referência a razões comuns subjacentes aos princípios de justiça, que razoavelmente se esperaria que todos os representantes adotassem (COHEN 2005, p. 108).

A perspectiva de uma Constituição que não avança por assuntos polêmicos, antecipando o conteúdo da futura legislação, evitaria que a sociedade se estruturasse a partir de uma concepção do bem. Já a caracterização do justo processo político, pelo justo valor das liberdades políticas e pela argumentação, possibilitaria que as inevitáveis decisões acerca de assuntos polêmicos fossem tomadas sem comprometimento com interesses particulares. Desta forma, pensa Rawls, se teria a estruturação da sociedade e o seu desenvolvimento

sem comprometimento institucional com modelos de vida boa, de forma que se estaria preservando a igualdade de liberdades para se formar e desenvolver concepções do bem.

1.4. IGUALDADE E JUSTIÇA SOCIAL

Os princípios de justiça, como já foi suficientemente explicado, consistiriam nos preceitos de distribuição de bens primários que maximizariam, às pessoas livres e iguais, o exercício das suas faculdades morais.

É bom que se perceba que, para Rawls, não apenas as liberdades básicas, como os demais bens primários – renda e riqueza, poderes e prerrogativas inerentes aos cargos e funções, as bases sociais de respeito próprio – são necessários ao exercício da faculdade moral do racional. A partir deste reconhecimento, a *Justice as fairness* detêm-se em critérios de justiça social, aptos a distribuir referidos bens de forma a incrementar o desenvolvimento livre e igual da pessoa.

Mas essa conexão entre justiça social e liberdade é realçada de forma mais elucidativa pelo próprio Rawls, quando ele se atém ao que seria neutralidade. Embora Rawls não seja particularmente adepto do termo neutralidade, ele (1999c, p. 459) adverte que a sua Teoria da Justiça não é neutra no sentido processual; salvo se considerado, como tal, o fato de a Teoria Rawlsiana consubstanciar-se em uma concepção política decorrente do *overlapping consensus*. Antes, a neutralidade característica da *Justice as fairness* seria definida em termos da correlação – ou ausência de correlação – da estrutura básica e da política pública com determinada doutrina compreensiva:

[...] Here neutrality of aim as opposed to neutrality of procedure means that those institutions and policies are neutral in the sense that they can be endorsed by citizens generally as within the scope of a public political conception. Thus, neutrality might mean for example, (1) that the state is to ensure for all citizens equal opportunity to advance any conception of the good they freely affirm; (2) that the state is not to do anything intend to favor or promote any particular comprehensive doctrine rather than another, or to give greater assistance to those who pursue it; (3) that the state is not to do anything that makes it more likely that individuals will accept any particular conception rather than another unless steps are taken to cancel, or to compensate for, the effects of policies that do this.

Prossegue Rawls (1999b, p. 459-460):

The priority of right excludes the first meaning of neutrality of aim, for it allows only permissible conceptions (those that respect the principles of justice) to be pursued. But that meaning can be amended to allow for this; as thus amended, the state is to secure equal opportunity to advance any permis-

sible conception. In this case, depending on the meaning of equal opportunity, justice as fairness may be neutral in aim. As for the second meaning, it is satisfied in virtue of the features of a political conception: so long as the basic structure is regulated by such a view, its institutions are not intended to favor any comprehensive doctrine. But in regard to the third meaning (considered further in section VI below), it is surely impossible for the basic structure of a just constitutional regime not to have important effects and influences on which comprehensive doctrines endure and gain adherents over time, and it is futile to try to counteract these effects and influences, or even to ascertain for political purposes how deep and pervasive they are. We must accept the facts of common-sense political sociology.

Veja-se que a neutralidade está intimamente relacionada com a justiça social. Em uma sociedade caracterizada pela desigualdade de renda e riqueza, a tendência é no sentido de as classes privilegiadas preencherem as funções e posições sociais e econômicas de maiores poderes e prerrogativas, o que lhes possibilitaria impor, seja à sociedade ou ao mercado, o modelo de vida boa que lhes seja interessante. Por consequência, estaria prejudicada a igualdade de oportunidade para se alcançar a concepção do bem que, livremente, se adota.

De igual sorte, em um ambiente caracterizado pela concentração de riqueza, aqueles que a detêm em maior acúmulo e que são dotados de aceitação social, teriam mais fácil acesso aos cargos políticos de maiores poderes e prerrogativas; o que lhes favoreceria a imposição do modelo de vida boa às decisões políticas. Nesse contexto, as decisões estatais ficariam comprometidas com os interesses das classes econômica e socialmente privilegiadas, o que prejudicaria o ideal de um Estado que não se compromete com concepções do bem, em prejuízo à igualdade de liberdades.

Para que se vivencie, portanto, o modelo de neutralidade idealizado por Rawls, no qual a sociedade vai se desenvolvendo sem comprometimento institucional com determinada concepção do bem e no contexto de igualdade de oportunidades para o desenvolvimento da concepção do bem que livremente se afirma, é necessário a realização do segundo princípio de justiça, de forma a se possibilitar a justa oportunidade de participação na vida econômica, social e política.

1.5. A QUESTÃO DA PROPRIEDADE

A igualdade para Rawls não se realiza na distribuição igualitária de rendas e riquezas; antes, se realiza na concepção de *pessoas* livres e iguais, que acordam sobre os princípios basilares de justiça que lhes permitam a vivência em sociedade como pessoas livres e iguais.

Desta feita, a estrutura econômica é trabalhada por Rawls a partir dos princípios de justiça. Já que os princípios de justiça são basilares às instituições

sociais, eles devem orientar a elaboração da legislação e a estrutura econômica do Estado. O que significa que o sistema econômico deve reforçar nos indivíduos as concepções da justiça e o desejo de agir em conformidade com os mesmos (RAWLS, 1971, p. 261).

Dentro da estrutura econômica proposta por Rawls, é importante, neste trabalho, realçar os seguintes aspectos: a) a tributação progressiva teria a função de evitar o acúmulo de renda (1971, p. 279); b) a propriedade não é uma liberdade básica; c) é compatível, com o mercado, a situação de titularidade estatal das empresas (1971, p. 273).

O item ‘a’ ressalta a preocupação central da *Justice as fairness* em evitar o acúmulo de riqueza, “*to prevent concentrations of power detrimental to the fair value of political liberty and fair equality of opportunity*” (RAWLS, 2005, p. 277).

Quanto ao item ‘b’, observa-se que o não reconhecimento, por Rawls, da propriedade como liberdade básica, cinge-se à questão da neutralidade. Como a propriedade consiste em questão controversa, inapta a angariar unanimidade – mesmo que em contexto ideal – ela não teria o *status* de liberdade básica a ser tratada na Constituição, sob pena de a sociedade se estruturar a partir de uma concepção do bem. Antes, a propriedade seria matéria legal (RAWLS, 2002, p. 193).

Não obstante toda a atenção da *Justice as Fairness* ao que seja matéria constitucional e legal, o que se pretende, por este momento, é observar que Rawls não se manifesta pela incompatibilidade da propriedade com os princípios de justiça – ao contrário de seu entendimento acerca do acúmulo de capital. Antes, o não reconhecimento da propriedade como liberdade básica resulta da preocupação em se manter íntegra a igualdade de liberdades básicas, que se mostra incompatível com uma concepção do bem basilar às instituições sociais – risco que se correria ao inserir, na Constituição, concepções controversas, como a propriedade.

Este mesmo raciocínio se estende à letra ‘c’. Rawls não entende que a titularidade privada das empresas seja incompatível com os princípios de justiça; tanto a titularidade privada como regimes socialistas de produção seriam compatíveis com as instituições do mercado (Rawls, 2005, p. 273). Referida questão – referente à titularidade do meio de produção – seria entregue ao justo processo político, no qual *pessoas* livres e iguais deliberariam, não em contexto ideal, mas real, sobre a propriedade privada.

O definitivo, referente à estrutura econômica, é que ela seja compatível com os princípios de justiça. Desta forma, ela não pode ser estruturada a partir de uma concepção do bem, o que prejudicaria a igualdade de liberdades

básicas. Não podem, igualmente, as instituições econômicas de uma sociedade democrática, prejudicar a justa oportunidade de participação na vida econômica, social e política. Tanto uma situação – a definição da estrutura econômica a partir de um modelo de vida boa – como a outra – a inexistência de justa oportunidade e do justo valor à liberdade política – terminaria por prejudicar o igual exercício da faculdade do homem de formar e desenvolver a concepção do bem – a dimensão basilar da igualdade concebida por Rawls.

2 MATERIALISMO X NORMATIVISMO

Se na Teoria da Justiça de Rawls não se verifica comprometimento com o fim da propriedade privada, o mesmo não se pode dizer da teoria de Marx. Entretanto; esta não é a única diferença entre os escritos dos dois autores.

Marx inicia a sua carreira acadêmica no ambiente filosófico profundamente influenciado pelos escritos de Hegel; no contexto social caracterizado pelas desigualdades e injustiças sociais resultantes do liberalismo burguês oitocentista.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, Marx se indis põe ao idealismo hegeliano, mediante a sua explicação materialista da História. Opondo-se ao entendimento de que as relações jurídicas resultariam do desenvolvimento do espírito, Marx compreende que as atividades humanas seriam, antes, explicadas nas relações materiais:

Deve-se, pois, abandonar os grandes relatos históricos da filosofia da história e voltar para a análise concreta dos processos sócio-históricos. Sociais, porque a história não procede mais de ideias, do destino ou da ação de grandes homens, mas das relações que os homens estabelecem entre eles na produção material de sua existência. Históricos, entretanto, porque os homens produzem sua própria vida e se produzem a si mesmos, razão pela qual é impossível determinar um tipo de sociedade, um tipo de relações sociais que se poderia considerar natural. É, aliás, a censura fundamental de Marx aos economistas ingleses da escola de Smith e Ricardo: eles apresentam como natural o que é apenas uma etapa histórica.

[...]

Insistamos. Antes de qualquer coisa, é preciso viver. O materialismo de Marx, se devemos empregar este termo num sentido que precisaremos mais adiante, faz dos indivíduos vivos o ponto de partida de toda ‘historiografia’ (COLLIN, 2008, p. 86-87).

Nesta concepção da história como resultado das relações materiais, Marx entendia por inevitável o momento em que o capitalismo cederia espaço ao comunismo. Isso, em razão da inevitável “contradição crescente entre o desenvolvimento das forças produtivas e as relações sociais de produção” (COLLIN, 2008, p. 98).

O desenvolvimento das forças produtivas levaria a um estágio de evolução técnico-científica que superaria a escassez de recursos característica das sociedades capitalistas; tornando, por consequência, inútil o direito, o estado e a propriedade privada, já que a abundância mitigaria os conflitos:

[...] Libertada dos entraves das relações capitalistas, a produção poderá ser desenvolvida de maneira ilimitada: o comunismo, tal como Marx o define, não é, finalmente, outra coisa que esse crescimento ilimitado das forças produtivas, crescimento que garantirá aos homens a abundância e, ao fazer isso, permitirá passar sem o Estado e o direito, e instaurar entre os indivíduos relações transparentes [...] (COLLIN, 2008, p. 99).

Desta forma, o comunismo não resultaria de preceitos de justiça; antes, corresponderia a um estágio de desenvolvimento histórico.

Neste aspecto, uma diferença marcante entre as teorias de Rawls e Dworkin: esta, materialista; aquela, normativista. Rawls parte dos preceitos de justiça que inspirariam a estrutura básica de uma sociedade democrática; já Marx trabalha com a dinâmica da história.

É bem verdade que Rawls não desenvolve a sua Teoria desvinculada da história; a *Justice as fairness* não encontra justificativa em uma teoria compreensiva do que seja a correta teoria filosófica, ética ou moral. Antes, explica-se na cultura pública de uma democracia.

Mas Rawls, no contexto de uma sociedade democrática, trabalha os princípios de justiça que informam a sua estrutura básica, ao contrário de Marx, que trata “*de una concepción científica del desarrollo histórico*” (BOTERO, 2005, P. 184).

3 A Liberdade em Marx e Rawls

O fim da propriedade seria – por síntese – o resultado da dinâmica social em que o desenvolvimento das forças produtivas, a assegurar a abundância ilimitada de bens, superaria as relações de produção inerentes ao capitalismo.

Ocorre que a história demonstrou o ‘mito’ do desenvolvimento técnico-científico das forças produtivas ao limite de se assegurar a abundância de recursos. Pouco mais de um século após os últimos escritos de Marx, e mesmo que se tenha assistido ao desenvolvimento estupendo da ciência e da tecnologia, o homem não superou o desafio da escassez de recursos.

Como, desta forma, justificar o comunismo e o fim da propriedade privada sem recorrer aos princípios de justiça, quando a história revelou que a dinâmica da história idealizada por Marx não se realizou?

De outra sorte, vale ressaltar o contexto socioeconômico que predominou na época dos escritos de Marx: a da exploração ilimitada da classe proletária pela classe burguesa, o que lhe possibilitou reflexões e considerações de grande ressonância ao que hoje se deve compreender por liberdade.

Partindo do pressuposto de que o trabalho é inerente ao homem, à sua formação, realização e desenvolvimento, Marx chega ao conceito de alienação, que ocorre quando o indivíduo sujeita a sua força de trabalho à exploração burguesa. O trabalho degradado pelas necessidades da subsistência alienaria o indivíduo de si mesmo:

[...] o trabalho é a manifestação da essência humana e é por isso que as condições da ‘economia política’, que separam o homem de seu trabalho, são as da pior alienação, as da perda da humanidade, as de um homem despojado de todos os seus atributos... [a verdadeira liberdade, afirma Marx, começa além do trabalho necessário [...]]

À liberdade do homem, seria necessário que ele se realize nas suas atividades laborativas; que ele trabalhe dentro dos seus gostos e prioridades.

Justamente referida perspectiva existencial da liberdade permanece a inspirar grandes filósofos liberais da atualidade, como John Rawls. Basta fazer um paralelo do que foi dito com o conceito rawlsiano de pessoa: o ‘ser’ caracterizado pela faculdade moral de formar e desenvolver uma concepção do bem. É esta a liberdade fundamental de que trata Rawls: a liberdade de, racionalmente, traçar um projeto de vida e de desenvolvê-lo em conformidade com os gostos, desejos, prioridades e necessidades de cada um. A liberdade para realizar-se.

As liberdades básicas – como as liberdades políticas, a liberdade de pensamento e de consciência, a liberdade de associação, as liberdades incluídas na noção de liberdade e integridade da pessoa e as liberdades protegidas pelo Estado de Direito – seriam meios para que a pessoa pudesse exercer a sua faculdade moral do racional. É o que se depreende das palavras de Rawls (2000, p.176): “as liberdades básicas são definidas por direitos e deveres institucionais que dão aos cidadãos o direito de agir como desejarem e que impedem os outros de interferir”.

Ou seja: o conceito mais geral e elementar de liberdade consubstancia-se na faculdade de formar, desenvolver e agir conforme determinada concepção do bem, a partir do reconhecimento da individualidade inerente a cada ser humano. Referido conceito é irmanado ao conceito de liberdade e emancipação que se pode desprender de Marx: uma pessoa que não viva alienada de suas aspirações, desejos, gostos e projetos por razões de subsistência. Uma pessoa que possa ser a si mesma; que possa traçar os seus projetos de vida e desenvolvê-los.

4 ABUNDÂNCIA X ESCASSEZ: A JUSTA OPORTUNIDADE

A liberdade ou a emancipação do indivíduo, na teoria de Marx, seria alcançada com o desenvolvimento das forças produtivas, ao solucionar o problema da escassez de recursos. Por mais este motivo, não se pôs a Marx o problema da justiça: *“pero este principio regiría precisamente una sociedad en la cual el problema de la justicia ya ni siquiera se plantea. Y no se plantea porque no se Dan lo que Hume y Rawls llaman las circunstancias de justicia: escasez relativa e intereses contrapuestos* (BOTERO, 2005, p. 183).

Se os bens são ilimitados, ou seja, se cada pessoa tem acesso aos bens necessários para realizar-se nas suas peculiaridades, não se põe a questão do justo. Mas as sociedades reais não se caracterizam pela abundância, voltando-se à questão referente ao justo critério de distribuição dos bens sociais.

Rawls trabalhou esta questão sob o enfoque da liberdade como superior faculdade moral de a pessoa realizar-se nos seus projetos de vida. Neste contexto, de pessoas igualmente livres, ele chegou aos seus dois princípios de justiça: igualdade de liberdades básicas; justa oportunidade mais princípio da diferença.

A teoria de Rawls não possibilita a cada pessoa todos os bens que necessite para desenvolver as suas faculdades morais; situação que apenas seria viável em uma sociedade sem escassez de recursos, na qual as regras de justiça perderiam a sua utilidade. Com exceção das liberdades básicas – distribuídas por um critério igualitário – a renda e riqueza, assim como os postos e funções de responsabilidade serão distribuídos sob o parâmetro da justa oportunidade.

Ou seja: em uma sociedade caracterizada pela escassez de recursos, o critério mais justo à distribuição da renda e riqueza e dos postos de responsabilidade seria a igualdade de oportunidades de participação na vida econômica, social e política. Igual oportunidade para se formar e desenvolver a concepção do bem ao qual se adere, mediante instituições educacionais que possibilitem a superação dos diferentes contextos sociais e familiares.

Neste contexto, a teoria de Rawls não se revela fundamentalmente distinta de outras teorias contemporâneas, que criticam a liberdade dos liberais sob o pressuposto de que os princípios de justiça teriam por preocupação basilar a distribuição de recursos externos ao indivíduo, sem ater-se à problemática dos arquétipos sociais, que prejudicam a igualdade de oportunidade tanto quanto a concentração de renda e riqueza:

[...]Os liberais, portanto, deveriam não apenas redistribuir a renda de médicos para enfermeiros ou de capitalistas para operários, mas também assegurar que médicos e capitalistas não tivessem o poder de definir relações de dominação. A justiça exige que a situação das pessoas corresponda aos

resultados dos testes hipotéticos que Rawls e Dworkin empregam, não apenas em termos de renda, mas também em termos de poder social [...] (KYMICKA, 2006, p. 114-115).

Kymlicka (2006) faz coro às críticas no sentido de as propostas da igualdade por Rawls e Dworkin negligenciam que à igualdade, mais do que a redistribuição de riqueza, é necessário que se proceda à redistribuição de poder social. Neste sentido específico, Amartya Sen (2009, p.253) ressalta, com o foco na Teoria de Justiça de Rawls, que ela erra ao conferir ênfase aos recursos em detrimento da capacidade da pessoa para realizar a concepção do bem que adota.

Referidas críticas não são, entretanto, oponíveis à Teoria de Rawls; a *Justice as fairness* é condizente com a complexidade da questão social nas sociedades democráticas contemporâneas. Basta observar que os bens primários enumerados por Rawls – necessários a que os indivíduos desenvolvam e realizem as suas faculdades morais – não se limitam à riqueza e renda, estendendo-se pelas liberdades básicas, pela liberdade de movimento e pela livre escolha de ocupação, pelos poderes e prerrogativas das funções e dos postos de responsabilidade e pela base social de respeito. Indo além: a estrutura básica, a partir da qual se distribui referidos bens, modela-se pela igualdade de liberdades básicas e pelo princípio da justa oportunidade de acesso aos postos e funções. Ao deter-se no conceito de bens primários e nos princípios de justiça que informam a estrutura básica, a crítica, a Rawls, no sentido de que a sua Teoria não propiciaria uma adequada distribuição de poder social, posto que conferiria ênfase aos recursos em detrimento da capacidade, perde muito de sua força.

Considerar como recurso necessário à realização das concepções do bem as liberdades básicas, os poderes e prerrogativas decorrentes das funções e dos postos de responsabilidade e a base social de respeito próprio, ao passo que se estrutura a sociedade sob o princípio da justa oportunidade de acesso às funções e posições, não significa a mera distribuição igualitária de recursos exteriores ao indivíduo. Antes, os bens primários e o arranjo institucional a partir dos princípios de justiça, sob a ênfase na educação que seja apta a superar as desigualdades decorrentes das diferentes condições sociais e de contexto familiar, formam um ambiente em que se faz possível capacitar o indivíduo para perseguir o modelo de vida que julgue valoroso. O modelo de justiça de Rawls trabalha com recursos internos ao indivíduo, aptos a capacitá-lo a alcançar o seu projeto de vida. Não por menos, John Rawls (1999d), em inúmeras ocasiões, reporta-se à justa oportunidade para desenvolver a concepção do bem a qual se adere, o que não é fundamentalmente diverso da habilidade para se fazer diferentes coisas que se valoriza (SEN, 2009, p. 253).

CONCLUSÃO

Quase um século separam Marx e John Rawls: a questão social – ao menos nos países desenvolvidos, abrandou-se. A sensibilidade social, econômica e jurídica abandonou os preceitos do *laissez-faire* e abraçou a concepção de dignidade inerente ao Estado Social. A democracia passou a ser o valor premente das sociedades ocidentais. Mais: a história revelou que a crença no avanço tecnológico, de forma a superar a escassez de recursos, ainda não desponta como realidade possível.

Não obstante, as observações de Marx acerca da alienação ainda se mostram extremamente pertinentes à construção de um conceito de liberdade; a emancipação das necessidades da subsistência, permitindo ao homem realizar-se nos seus projetos e estilo de vida.

É bem verdade que ao concentrar ênfase na dinâmica da história, Marx não incursiona pelo justo. Mas a liberdade como emancipação do indivíduo é um dos mecanismos que ele compreendeu por presente no desenrolar da história: o desenvolvimento das técnicas de produção, ao assegurar a abundância e a emancipação do indivíduo, levaria à superação das relações de produção próprias do capitalismo.

Já dentro de uma realidade social de escassez de recursos e sem pretensões de observar a dinâmica da história, Rawls prende-se à liberdade do homem em realizar-se – faculdade moral do racional – como o principal objetivo da sua teoria de Justiça. O estabelecimento dos princípios de justiça, a nortear a divisão dos bens primários, teria por propósito o desenvolvimento completo e informado das faculdades morais do razoável e do racional.

A liberdade, como faculdade do indivíduo de realizar-se dentro dos seus gostos e desejos, é um interessante elo em comum entre esses dois pensadores.

REFERÊNCIAS

AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Ithaca: McGill-Queen's University Press, 2007.

BOTERO, Juan José. Rawls, Marx y la justicia social. In: BOTERO, Juan José (Org.). **Con rawls y contra Rawls**; una aproximación a La filosofía política contemporánea. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2005. p. 179-193.

COHEN, Joshua. The Cambridge companion to Rawls. In: FREEMAN, Samuel (Org.). **For a democratic society**. NY: Cambridge University Press, 2003, p. 86-138.

COLLIN, Denis. Compreender Marx. Petrópolis: Ed. Vozes, 2008.

KYMLICKA, Will. Filosofia **política contemporânea**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAWLS, John. **A restatement**. 3. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

_____. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

_____. Justice as fairness: Political not metaphysical. *In*: FREEMAN, Samuel (Org.). **John Rawls: collect papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1999a. p. 388-414.

_____. Social unity and primary goods. *In*: FREEMAN, Samuel (Org.). **John Rawls: collect papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1999b. p. 359-387.

_____. The priority of right and ideas of the good. *In*: FREEMAN, Samuel (Org.). **John Rawls: collect papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1999c. _____.

Social unity and primary goods. *In*: FREEMAN, Samuel (Org.). **John Rawls: collect papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1999c. p. 359-387.. p. 449-472.

_____. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SELENE, Hugo O. **Neutralidad y justicia**; en torno al liberalismo político de Rawls. Madri/Barcelona: Marcial Pons, ediciones Jurídicas y sociales, 2004.

SEN, Amartya. **The idea of justice**. Massachusetts: Harvard University Press, 2009.

FREEDOM: THE LINK BETWEEN MARX AND RAWLS

Abstract: *This paper deals with the principal issues of the Theory of Justice by Rawls, with the purpose to compare it with Marx's Theory. Although there are several different points between them, it is possible to find similarities, focusing on liberty as the possible connection between Rawls and Marx.*

Keywords: *Rawls. Marx. Justice. Liberty.*

Data de recebimento: **nov/2010** – Data de aprovação: **jan/2011**

DEMOCRACIA ARGUMENTATIVA COMO REQUISITO ESSENCIAL DO CUMPRIMENTO DO IDEAL DEMOCRÁTICO

Ileide Sampaio de Sousa

Mestranda em Direito (UFC). Bolsista da CAPES. Especialista em Direito Processual (FA7). Advogada.
ileidesampaio@yahoo.com.br

Sumário: Introdução. 1. “Democracia Processual” e as variâncias do “jogo democrático”. 2. A “Ética Discursiva” e o “Dialoguismo”: da democracia de seguidores à democracia dos feitores. Considerações Finais. Referências.

Resumo: Este artigo tem como intuito analisar a perspectiva de Jürgen Habermas sobre a Democracia Processual, seus novos paradigmas de estabelecimento de uma razão consensual e a necessária vinculação do Direito, das “regras do jogo” à realidade social, ao “Jogo Democrático”.

Palavras-chave: Democracia; Poder; “Regras do Jogo”; Heidegger; Habermas.

INTRODUÇÃO

Não jogamos porque há jogos, mas o inverso: há jogos porque jogamos [...]. (HEIDEGGER, 2009, p. 332).

[...] o paradigma jurídico da democracia constitucional: o jogo, mas também as regras do jogo democrático; o projeto democrático, mas também o método e as formas de democracia. (FERRAJOLI, 2006, p.431).

Democracia parece um jogo indecifrável. O fato de ser objeto da história da humanidade já seria razão suficiente para justificação de sua fluidez de conteúdo. A análise do “jogo da vida” de Heidegger auxiliará na perspectiva de que o projeto democrático não foi alcançado, porque é um projeto em construção, assim como o homem.

Contudo, a tese de que a Democracia é um ideal que deve ser abandonado pelo simples fato de ter sido, até hoje, inalcançável, não servirá

como resposta à análise habermasiana de uma Democracia dialogal, que insira a fundamentalidade dessa esfera do Estado na realidade social. Para pontuar a importância da “Teoria da Ação Comunicativa” (NEVES, 2006, p.33) de Habermas iniciamos este artigo com uma simples história ilustrativa que assinala a evolução da participação do povo no desenvolvimento do modelo democrático:

Ouvem-se gritos de todos os lados. O povo foi chamado, não se sabe quando, nem por quem, mas foi. Cada um dos jogadores, em suas jogadas, defende um discurso. O povo aplaude, vaia. Aos poucos a multidão aquieta-se e começa a assistir ao compasso sonolento dos jogadores. O nome do jogo é “Democracia”. Começou como regras dos deuses, depois, uma Igreja o quis aprisionar aos seus ditames. Depois, senhores burgueses tomaram conta de tudo e criaram efetivamente a Democracia Representativa. O jogo mudou e trouxe um problema: caberia ao povo apenas as bancadas da observação: agora outros estariam no comando. Nesse “novo” jogo democrático apostamos nas regras e nos jogadores e fechamos os olhos para o próximo modelo. O jogo é frio. Não há espaços para filosofias absolutistas, nem para relativismos axiológicos. A vida pede urgência na correspondência com o padrão que vive e com a aspiração que sonha. Aquele povo já não sabe mais que jogo se joga, se de fato estão jogando e se querem jogar.

A história agora desdobra-se. Entra em cena e senta-se à mesa outro homem. Muitos lhe chamam “filósofo” por sempre questionar a todas as teses já aceitas. Ele entra na reunião e atreve-se a pedir uma cadeira mais próxima para a observação. Ele não sabia, mas lá estava seu nome. Seu representante era pálido, e, assim como aquele jogo, nada o atraía. Olhando e entreolhando percebeu que nada era fixo, as regras serviam de justificativas e justificações diversas, teve então que transcender: ergue-se daquele assento e toma a palavra. Naquele momento, sua visão de mundo começou a mudar e o jogo teve que dar uma pausa em sua marcha irrefletida.

A mudança não estava prevista naquela reunião dos representantes do jogo. Então, aquele filósofo propôs, ao menos, o poder de escolher outros representantes com o decorrer do tempo e com base em sua avaliação. Era a mais nova transcendência. E a ela o filósofo chamou: o votar. Só que o tempo é terrível, e o poder aliançou-se com desejos e interesses outros. O filósofo viu-se com uma arma fracassada. Ele então propõe novas medidas: deixe-me fazer as regras. Exijo o exercício do referendo, plebiscito e da iniciativa popular. A esse novo transcender foi lhe dado um nome mais pomposo: era a Democracia Semidireta. Aquele filósofo toma os novos instrumentos da Democracia Semidireta. Pensa estar votando um plebiscito e é surpreendido com a aprovação de uma ditadura. Ele estremece!

Nesse “Jogo da História”, mudança não significa avanço. Tudo que fora conquistado pode perder-se com um segundo de cochilo. Não há tese que

conquiste uma escada de progresso em sentido único. Os degraus podem enganar. Contudo, a tese da “Democracia Processual” elaborada por Habermas parece ser o projeto mais bem formulado sobre uma Democracia possível.

1 “DEMOCRACIA PROCESSUAL” E AS VARIÂNCIAS DO “JOGO DEMOCRÁTICO”

Tão variável quanto os conceitos é a história da Democracia, mas há um ideal necessário que, mesmo de difícil conceituação, ao ser colocado em xeque todos correm para sua defesa: “O Estado de Direito é como a democracia, a liberdade e às vezes o próprio Direito: certas pessoas só o reconhecem e estimam depois de violados ou conculcados.” (BONAVIDES, 2010, p.327). É isto que torna a Democracia, mesmo mutável, irrenunciável e essencial.

O exame da Democracia é, portanto, a análise de uma das facetas deste “jogo da vida”, das regras do jogo e dos seus jogadores. Ocorre que o termo “Democracia”, apesar de ter tido seu início na Grécia e Roma, recebeu variâncias alternadas, tendo como seu maior veículo de defesa no discurso político de legitimação do poder a Revolução Francesa em 1848: “Fue necesario esperar hasta 1848 para que en Francia la palabra democracia se impusiera realmente en el enguaje político.” (ROSANVALLON, 2006, p.9).

A partir do momento revolucionário da Idade Moderna, Democracia corresponderá a uma concepção política de aproximação e controle entre comandantes e comandados. Com o século XIX e o movimento marxista e comunista a Democracia ganha ares de ideologia combatida e inaugura-se uma fase de inclusão dos direitos de povo soberano acima dos valores estatais. Isso veio a acentuar-se com a eclosão das duas Grandes Guerras Mundiais, as quais inauguraram o declínio do projeto democrático como concebido pela época liberal burguesa das revoluções do século XVIII: “Logo depois da Primeira Guerra Mundial, as democracias pareciam triunfar no mundo, definitivamente. [...] Às vésperas da Segunda Guerra Mundial, a democracia declinava em toda parte.” (DUVERGER, 1966, p.22,23). Só Neste âmbito começa a ser percebido o processo doloroso que a história tem enfrentado para qualquer conceituação sobre a Democracia.

Para avaliar a complexidade do “jogo democrático”, a concepção da ideia de “jogo” em Heidegger auxilia na compreensão do que possa ser uma Democracia Processual:

[...] o jogar não é: 1. Nenhuma sequência mecânica de ocorrências, mas um acontecimento livre, isto é, um acontecimento que está sempre ligado a regras. 2. Nesse acontecimento, o agir e o fazer não são essenciais. Antes de tudo decisivo no jogar é justamente o caráter específico de estado,

o modo peculiar de encontrar-se-aí-disposto; 3. Como o comportamento não é assim essencial ao jogar, o conjunto de regras também possui um outro caráter, a saber: **as regras só se formam em meio ao jogar. A vinculação é uma vinculação livre em um sentido totalmente particular. O jogo se desenrola a cada vez somente em meio a um jogo**, que não pode se desprender como um sistema de regras. É somente nesse seu desenrolar que o jogo surge pela primeira vez. [...] **Nisso tudo reside, contudo: 4. As regras do jogo não são normas fixas, retiradas de um lugar qualquer, mas são variáveis no jogar e por meio ao jogar. Esse jogar praticamente cria para si mesmo, a cada vez, o espaço interior do qual ele pode se formar, o que significa, ao mesmo tempo transformar-se.** (HEIDEGGER, 2009, p.332, 333). Grifo Nosso.

Definir a Democracia apenas como “regras do jogo” seria perder de vista o caráter sociológico impregnado neste termo. Habermas deixa clara a separação entre Estado de Direito e Democracia, afirmando que a Democracia não é meramente um ato jurídico, mas também político e sociológico. E o Estado de Direito é mais que um complexo de regras jurídicas que regulam o jogar, é um processo que deve ser regulado por uma razão consensual. Essa vinculação entre Direito e Democracia se torna mais relevante a partir da inclusão, pela teoria política, dos direitos humanos como extensão da soberania popular, afinal são eles que: “[...] fundamentam uma soberania das leis legítima a partir de si mesma.” (HABERMAS, 2001, p.146).

O que este autor defende é a existência de uma “conexión interna” (HABERMAS, 2001, p.248) entre a Democracia e o Estado de Direito, que aqui estamos denominando “Democracia Substantiva”, que não apenas contenta-se com as regras do jogo.

Esta conexão interna, entre Democracia e Estado de Direito, entre norma e valor, está relacionada com a práxis política de se buscar uma fundamentação democrática ao agir estatal – ao chamado Estado Democrático de Direito:

[...] esta conexión interna está profundamente anclada en las presuposiciones de nuestra praxis jurídica cotidiana. En el modo de validez propio del derecho se abraza la facticidad de la aplicación estatal del derecho con la fuerza fundadora de legitimidad de un procedimiento con pretensión de racionalidad, ya que fundamenta la libertad. (HABERMAS, 2001, p.248).

Essa conexão entre Democracia e Estado de Direito está situada nas regras no jogo. Contudo, o jogo não se reduz às regras. Kant chega a utilizar “o paradigma dos naufragos” (MAUS, 2009, p.97) e a existência de apenas uma tábua flutuante para sobrevivência. Isso tudo para acentuar o paradoxo que há na possibilidade de violência não fora das regras do jogo, mas no jogo: “[...] a pena ameaçada pela lei [...] não pode (poderia) ser maior que a perda da vida.” (MAUS, 2009, p.97). Nesse sentido, as regras do jogo e o jogo teriam sua conexão interna

perdida: “Em casos extremos, violência não pode ser proibida justamente por motivos racionais [...]. Violência não pode ser proibida, nem permitida.”(MAUS, 2009, p.97).

Essa conexão interna entre as regras do jogo e os valores fez com que o Estado Democrático de Direito passasse a ter uma via de acesso para a transcendência do ideal da Idade Antiga (Democracia Direta), da Idade Média (Democracia Indireta Absolutista), e da Idade Moderna (Democracia Representativa com valores racionalistas absolutos, decorrente do mito da cientificidade advinda do Iluminismo).

A conexão de valores do movimento democrático às regras do jogo fez com que o Estado tivesse que ser ao mesmo tempo Democrático e jurídico – garantindo a segurança jurídica, mas também a possibilidade de reavaliação de suas próprias normas. Democracia inserida no agir estatal é a cláusula de abertura do jogo, é a chave das imprecisões e, ao mesmo tempo, é o motivo de sua segurança.

“Democracia” é mais que um título, é um anseio que está sendo criado/recriado com uma intenção valorativa de progresso: “Concibo el orden no como la perpetuación de lo existente, sino como su transformación. No cualquier cambio, por supuesto.” (LECHNER, 1998, p.16). Ou seja, teorizar sobre a Democracia é retirá-la do seu aspecto puramente teórico para a sua entrega e confronto com a realidade, modificando-a e sendo modificada por ela: isto é o que chamamos aqui, com base na teoria heideggeriana de “transcendência”.

Assim como o homem, o modelo democrático não é um dado que se consubstancializou com uma positivação normativa, é um processo, um “pão diário”:

A democracia é certamente um bem inestimável, mas o Estado de Direito é como o pão de cada dia, como água para beber e como ar para respirar, e o melhor da democracia é precisamente o fato de só ela estar apta a garantir o Estado de Direito. RADBRUCH, 1990 *apud* (KAUFMANN, 2004, p.441).

Segundo Paulo Bonavides, o princípio democrático se tornou, hodiernamente, um direito humano de quarta geração, o mais fundamental dos direitos políticos (BONAVIDES, 2010, p.523). Este seu reconhecimento histórico fez petrificar valores, que até podem ser modificados, mas que possuirão uma correspondência valorativa que deverão superar. Esse reconhecimento histórico do valor democrático é o que Paulo Bonavides denomina “Democracia substancial” (BONAVIDES, 2010, p.326) em contraposição com a “Democracia adjetiva” (BONAVIDES, 2010, p.531). Aquela sendo a Democracia dos valores humanos conquistados historicamente e a Democracia adjetiva um modelo camaleônico de uma forma de “Democraticismo” (KELSEN, 2000, p.103) que apenas usa o termo Democracia para justificar barbáries. Ou seja, o reconhecimento do con-

teúdo histórico conquistado, a Democracia Substancial, está para além do uso indiscriminado do termo democrático sem nenhuma submissão aos conteúdos conquistados para a afirmação desse padrão popular.

Ocorre que a democracia utilizada apenas como adjetivo, como título frio de um jogo em que não se pesam as regras e não se identificam de forma clara os jogadores e a liberdade no jogo, é um uso leviano do termo que apenas serve como justificativa para conferir: “[...] legitimidade a todas as formas possíveis de convivência [....].” (BONAVIDES, 2010, p.522).

Esse uso da Democracia Adjetiva é absolutamente refratária de todo o avanço da humanidade, e malfere uma dimensão dos direitos humanos: a quarta. É neste degrau que se encontra o movimento democrático – da irrenunciabilidade de passos já conquistados: “O símbolo da Democracia parece ter assumido um valor tão universalmente reconhecido que a substância da democracia não pode ser abandonada sem a manutenção do símbolo.” (KELSEN, 2000, p.140).

Se for um valor que parece ter alcançado um grau de fundamentalidade ao conceito do próprio Estado, há que se buscar uma teorização que garanta e auxilie uma efetivação da participação popular e uma das mais importantes teorias foi construída por Jürgen Habermas baseado em sua Teoria do Discurso: a “Democracia Processual”.

A Democracia Processual, para Habermas, não representa apenas uma forma em construção, mas sim uma maneira específica de ultrapassar os paradigmas liberais tanto da Democracia da Grécia, como de Roma, pois para o autor, nestas duas experiências históricas só houve a democracia individualista. Ele propõe uma revolução no pensamento jurídico:

[...] realizar uma refundação do direito sobre novos princípios: sobre uma ética da discussão, a única capaz de substituir o direito formal e abstrato que proviria da especulação dos modernos pelo direito processual e pragmático oriundo, no modo argumentativo, da opinião pública. (GOYARD-FABRE, 2003, p.321).

Essa nova concepção de Democracia torna mais relevante a legitimidade procedimental do envolvimento do discurso e das convenções do que a mera previsibilidade das “regras do jogo”. Ela ensina que a Democracia Processual para ser popular deve implicar em uma:

[...] criticabilidade dos princípios jurídicos à luz de uma racionalidade discursiva abrangente, envolvendo questões jurídicas (de consistência), pragmáticas (de estabelecimento de fins e determinação dos meios adequados a alcançá-los), ético-políticas (de valores) e morais (de justiça), assim como questões concernentes ao compromisso equitativo. (NEVES, 2006, p.58).

1.1 A RELAÇÃO: HOMEM, EXPERIÊNCIA E VISÃO DE MUNDO PARA REALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA PROCESSUAL

Visão e conceito de mundo, para Heidegger, são distintos. Conceito de mundo remete à ciência, à possibilidade de definir conceitos que apreendam as realidades distintas. Já a visão de mundo é a esfera filosófica do modo como se concebe a realidade – é uma concepção: “[...] não é nenhuma mera contemplação das coisas, tampouco uma soma do saber sobre elas; visão de mundo é sempre um tomada de posição[...].” (HEIDEGGER, 2009, p.249). Visão é, pois, sinônimo de opinião (HEIDEGGER, 2009, p.250).

Visão de mundo em Heidegger é algo que ultrapassa a conceitualização científica de conceitos puros e se afina com o que Moncada denomina de interpretação do mundo sensível feita pela observação humana:

Esse mundo que o homem faz sentir do nada, é o mundo dos “sentidos” e “significações” valiosos por ele comunicados às coisas através do esforço prometeico da sua autorrealização, interpretando-as e iluminando-as com a sua própria luz sua autêntica existência, que não é só luz de razão, mas também luz da consciência moral. (MONCADA, 1995, p.346).

A democracia como fenômeno existencial pode ser enquadrada na nomenclatura de Heidegger como um *ser-aí*, um estar sendo. Porque ela é um produto do existir e este: “[...] não é *obra feita*, mas sim *obra a fazer*.” (HEIDEGGER, 2009, p.346).

O homem é o elemento subjetivo do estabelecimento da definição democrática, ao lado de fatores objetivos que compõem e variam de acordo com as disposições históricas. Nesse sentido, enfatizar a percepção do homem no contexto democrático é atentar para a “responsabilidade do cidadão” sobre o desenrolar do jogo democrático. E esta participação humana para realização do jogo democrático deve ser máxima: “Sin embargo, para que ambas las partes - la liberalidad y la democracia – prosperen, es menester mucho más que el mínimo” (HÖFFE, 2007, p.10).

Se o elemento humano da democracia é um fator que determina as significações do mundo que empírica e sensitivamente percebem-se, é importante o desenvolvimento de ações que permitam um extravasamento da visão de mundo que o cerca.

Por isso, não adiantará pensar em um “avanço” da democracia apenas pela criação de institutos normativamente democráticos em esferas outras: por exemplo, a defesa da implantação do *recall* no Brasil como solução para os governos em frangalhos. Essa exemplificação dura é uma tentativa para asseverar que o homem é um conglomerado de fatores e o Estado de Direito, isto é, as regras do jogo não podem abarcar.

1 A “ÉTICA DISCURSIVA” E O “DIALOGUISMO”: DA DEMOCRACIA DE SEGUIDORES À DEMOCRACIA DOS FEITORES

A Democracia representativa, característica do Ocidente, não está sendo capaz de um agir pleno de sua ideologia. Democracia não pode significar transferência cega do poder: “Democracia significava o que a palavra designa literalmente: poder do demos, e não, como hoje, poder dos representantes do demos.” (BOBBIO, 2000, p.372). Há vários motivos da defasagem no modelo ideal de Democracia Representativa:

La forma de Estado predominante en Occidente – le democracia representativa – establece un vínculo entre legitimación democrática de todo el poder estatal y las responsabilidades claras en su ejercicio. No obstante, para contribuir hacer realidad el poder del pueblo que se requiere en una democracia. **La democracia representativa se ve incluso solapadamente socavada por numerosos motivos. Por ejemplo, debido al gran poder de los partidos y de los medios masivos, y también de algunas asociaciones, sumado a la creciente vida propia de la política profesional, la realidad política se aleja del ideal de una democracia suficientemente representativa.** (HÖFFE, 2007, p.101). Grifo nosso.

Ante o quadro de ingerência nociva ao modelo democrático o titular do poder, o povo, aparece no jogo apenas como metáfora:

“Povo” não deve funcionar como metáfora; o povo deve poder aparecer como sujeito político empírico. A concepção não necessita do povo” como expressão que não obriga a nada e cobra tudo; ela não necessita de nenhuma “vontade geral” que não deixasse verificar e identificar na política empírica, mas de um “povo” que possa, no plano das instituições, efetivamente entrar em cena como destinatário e agente de controle e de responsabilidade: eleição/ destituição do mandato por votação, bem como votação livre como componente democrático do cerne da Constituição. (MÜLLER, 2004, p.60).

Não há como negar que a conquista da possibilidade de eleger seus governantes foi um avanço na história da humanidade: “Só se pode falar apropriadamente de soberania do povo a partir do momento em que foi constituído o sufrágio universal [...]” (BOBBIO, 2000, p.379). Contudo, esta não é a última forma de concepção do poder democrático, pois se criou um povo que não joga, mas tão somente elege e segue os que, efetivamente, jogam e guiam os seus representados.

É possível falar em democracia do homem autodirigido, autor-responsável no Estado Democrático de Direito com o modelo de representação indireta? É esta a meta de parte da doutrina que tem já apontado para uma atuação

mais enfática do homem no construir\reconstruir a realidade democrática. Atingir o que Kaufmann chama de o homem “autorresponsável” – é meta disposta pelo projeto democrático de transcendência que aqui se investiga:

A democracia, ao invés, exige o ‘cidadão emancipado’ capaz de decidir e agir de forma autorresponsável, mesmo se colocado em situações de risco. [...] O cidadão plenamente emancipado está longe de existir como a democracia plena. Nenhum dos dois é um dado, eles são tarefas para as quais se tem constantemente de trabalhar. (KAUFMANN, 2004, p.442). Grifo nosso.

Não estamos seguros com as regras, a história já nos mostrou regimes nazistas e fascistas que começaram com ideais democráticos e socialistas apenas nos nomes. Não estamos seguros com utopias ontológicas, o devir pressupõe o risco de jogar, o ultrapassar controlado pela luta da participação e ingerência nesse dia a dia do poder democrático, pois há um fato irrefutável: “A democracia suporta ter nas suas chefias personalidades medíocres, mas não resiste ao comportamento passivo do povo.” (KAUFMANN, 2004, p.441). Por este motivo, a tese de Habermas de uma “Democracia Processual” vem a reacender a dívida dos modelos democráticos de proporcionar uma inserção do controle popular sobre os “representantes”. A busca por esta inserção eficaz do povo é iniciada com o Dialoguismo.

2.1 DIALOGUISMO E O PODER DEMOCRÁTICO CONSENSUAL: UM RETORNO À EFICÁCIA SOCIAL DAS NORMAS JURÍDICAS

O poder popular é o símbolo que significa a teoria democrática. E poder é uma esfera de significantes querendo traduzir realidades, mas às vezes pode ser usado como “simbolização” e meio de mascarar verdades;

A simbolização enquanto tal é um requisito indispensável da formação do poder. [...] **A simbolização é de uma possibilidade estabilizada, uma disposição para a autocatálise** do sistema que pode tornar-se produtiva se surgem novas condições. (LUHMANN, 1992, p.28). Grifo nosso.

Nessa linha, o poder torna-se temerário, pois pode flamar uma bandeira que jamais corresponderá à sua atuação prática. Como conviver com a sombra de um modelo que comporta diversos conteúdos?

A proposta de Habermas está na acentuação da evolução da capacidade de inserção do diálogo na forma de exercício do poder. Para isso lança a sua “Teoria Comunicativa” com inspiração nas teses de Piaget e Kohlberg. Esta teoria assevera que os paradigmas da Revolução Francesa e Americanas que alavancaram o processo de luta pela Democracia estão chegando a um novo amadurecimento: a processualidade do poder.

O jogo então deixa de ter como postulado o que Habermas chama de “Monologuismo” (GOYARD-FABRE, 2003, p.321) o poder entregue à representantes que teriam a partir daí uma autonomia de decisão incontrollável popularmente; para avançar para um novo paradigma: o “Dialoguismo”, uma forma de inserção da necessidade de compreensão, recepção e aceitação por parte do povo dos atos de poder:

Portanto, o novo paradigma do direito que essa ‘democracia processual’ convoca pede que a discussão argumentada predomine sobre a decisão voluntária do poder. Substituir o monologuismo pelo dialoguismo ainda é insuficiente enquanto este último não se inscrever no registro da argumentação pública. (GOYARD-FABRE, 2003, p.324).

Essa ponte criada pela teoria de Habermas faz acender a tese de uma necessidade de vínculo entre a esfera normativa e a social. Contrariando a tese formalista de Hans Kelsen, na qual apenas a validade seria necessária para avaliação do que é ou não direito: “[...] a regra jurídica é válida até mesmo nos casos em que lhe falta ‘eficácia’” (KELSEN, 1998, p.42). Essa distanciação entre norma e realidade não é mais aceita.

Habermas propõe uma fusão entre a esfera normativa e a faticidade: “[...] uma espécie de validade que é equiparada com força do fático [...]” (HABERMAS, 1992 *apud* NEVES, 2006, p. 54). Essa fusão só pode ser conseguida se a Democracia aprender o processo de difusão do poder com o agir comunicacional:

A razão processual exige uma prática de entendimento consensual, o que evita, pretende Habermas, não só o que ele considera como o momento dogmático que é uma teoria constitucional do Estado, mas também as aporias da metafísica ontológica ou axiológica e os impasses da filosofia do sujeito. (GOYARD-FABRE, 2003, p.324).

A Democracia não se resumiria ao estabelecimento de normas jurídicas válidas, mas sim a um processo racional de “Legitimação Processual” (NEVES, 2006, p.58) do exercício do poder democrático. E mais, não é necessária apenas a fusão destes âmbitos: “O direito reclama não apenas aceitação; ele demanda dos seus endereçados não apenas um reconhecimento fático, mas antes reivindica *merecer* o reconhecimento.” (HABERMAS, 2001, p.144).

O “Jogo Democrático” teria como regra principal o estabelecimento de uma razão consensual e não de imposição. Este parâmetro garantiria a formação de uma Democracia de feitos.

CONCLUSÃO

Na história narrada no início deste artigo o Jogo Democrático foi surpreendido com um referendo de uma ditadura, quando o mesmo foi intitulado como plebiscito. E esta parte da metáfora foi baseada no uso leviano do instituto do plebiscito efetuado em Portugal em 1933 para institucionalizar a ditadura salazarista. É por isso que aquela história narrada no início não termina. Enquanto houver o jogo da vida, lá estarão as regras do jogo e os diversos jogadores. Como já afirmado: mudança não significa, necessariamente, evolução.

Esse é o jogo. Tão paradoxal quanto o homem. Ora parece um modelo divino, sua “imagem e semelhança”, ora a encarnação de todo o oposto. Por isso, a “Visão de Mundo” como opinião torna o objeto de investigação, a Democracia, um produto não absoluto, mas produzido pela fraqueza humana, em todas as suas nuances. Isso tudo para evitar que se impregne uma áurea absoluta nas regras do jogo que possa ferir expectativas.

O poder popular é um aviso: não imagine modelos estáticos, pois, como percebido pelo poeta, o homem é um misto de contentamento e intranquilidade imersos em sua fragilidade e limitação: “El poderoso elemento, el fuego de los cielos, la tranquilidad de los hombres, su vida en la naturaleza, su limitación y contentamiento,[....].” (Holderlin, S/D *apud* HEIDEGGER, 1958, p.142).

Eis a Democracia que buscamos: a transcendente - inalcançada e alcançada, no achar e perder-se do caminho histórico. A forma de simbolizar o poder como popular não nos é suficiente. É necessário ensarilhar as armas discursivas para combater os discursos quietistas desviantes, afinal: Democracia é um lutar pelas regras e contra as regras, uma transcendência do jogar quando a realidade exigir a ultrapassagem.

A forma de lutar pelo “Jogo Democrático” legítimo, segundo a doutrina de Habermas, passa pela evolução de uma Legitimidade e Democracia Processuais, baseadas na Ética do Discurso, na aproximação da faticidade com a normatividade, abandonando concepções formalistas como a de Hans Kelsen sobre a normatividade suficiente.

Essa discussão sobre o conteúdo e significado do termo “Democracia” não pode ser apreendida em um único fôlego, é um processo, antes de ser um conceito, tem elementos que se agregam paulatinamente. No conceito de Democracia está envolvido o homem e o poder, aquele como fonte deste. E as vicissitudes que daí surgem são as surpresas do jogo. Que ora merecem medo, ora aplausos. Mas em todo o tempo nos reclama atenção.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Roberto. A democracia participativa. In.: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.). **Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Tradução Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____. Liberalismo e democracia. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

DAHRENDORF, Ralf. **Sociedad i libertad: hacia un análisis sociológico de la actualidad**. Tradutor Jose Jimenez Blanco. 2. ed. Madrid: Editorial TECnos, 1971.

DUVERGER, Maurice. **Os regimes políticos**. Tradução de Geraldo Gerson de Souza. 2. ed. São Paulo: Difusão europeia do livro, 1966.

FERRAJOLI, Luigi. O estado de direito entre passado e futuro. In: ZOLO, Danilo; PIETRO, Costa (Org.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia? (A genealogia filosófica de uma grande aventura)**. trad. Claudia Berlinder. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **La inclusión del otro: estudios de teoría política**. Tradução Juan Carlos Velasco Arroyo e Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós Básica, 1999.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à filosofia**. Tradução de Marco Antônio de Souza. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. **Arte y poesía**. Tradução Samuel Ramos. México: Fondo de Cultura Económico, 1958.

HÖFFE, Otfried. Ciudadano económico, ciudadano del Estado, ciudadano del mundo: ética política en la era de la globalización. Tradução Carlos Díaz Rocca. Buenos Aires: Katz, 2007.

_____. **Justiça Política:** fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado. Tradução Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito.** Tradução António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. **A democracia.** 2. ed. Tradução Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000

LECHNER, Norbert. **Los patios interiores de la democracia:** subjetividad y política. Santiago: Facso, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Poder.** 2. ed. Tradução Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília Edunb, 1992.

MAUS, Ingeborg. **Direito e política:** teoria da democracia. Tradução Elisete Antoniuk. Belo Horizonte; Del Rey, 2009.

MONCADA, L. Cabral. **Filosofia do direito e do estado.** Coimbra: Coimbra, 1995.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo.** Tradução Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Quem é o povo?:** a questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 1998.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã:** uma relação difícil. (O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social; ensaio sobre a origem das linguas; discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens:** Jean-Jacques Rousseau. Tradução: Lourdes Santos Machado. 5.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. V-XXI, 320 p. (Os Pensadores).

ROSANVALLON, Pierre. **La historia de La palabra “democracia” en La época moderna.** In: **Estudios Políticos.** N.28. Instituto de Estudios Políticos: Colombia. Jan- Jun. 2006.

TAPIAS, José Antonio Perez. **Del bienestar a la justicia:** aportaciones para una ciudadanía intercultural. Madrid: Trotta, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución.** Tradução Miguel Carbonell. Editora Minima Trota. Madri: Marfa Impresión, 1996.

***DEMOCRACY ARGUMENTS AS ESSENTIAL
REQUIREMENT OF COMPLIANCE WITH THE
DEMOCRATIC IDEAL***

Abstract: *This article is meant to examine the perspective of Jurgen Habermas on Democracy Procedure, the creation of new paradigms for a reason and the necessary consensus binding law, the “rules of game” in social reality, the “Democratic Match.”*

Keywords: *Democracy. Power. “Game Rules”. Heidegger. Habermas.*

Data de recebimento: **nov/2010** – Data de aprovação: **jan/2011**

A ADPF 153 E A OBRIGAÇÃO DE RESPONSABILIZAR OS AUTORES DE CRIMES NUCLEARES: ANÁLISE DO CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL

Eneas Romero de Vasconcelos

Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisador da Georg-August Universität Göttingen, Alemanha e membro do GlipGö. Promotor de Justiça e professor licenciado da FA7. eneasromero@hotmail.com.

Sumário: Introdução. 1. O direito interno: o direito da ditadura e a anistia brasileira 2. Os direitos humanos internacionais: a ADPF 153 e as obrigações do Brasil perante a Corte IDH. Conclusão. Referências.

RESUMO: Depois do julgamento da ADPF 153 pelo STF (que considerou constitucional a lei de anistia, impedindo a responsabilização penal dos militares) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Araguaia, condenou o Brasil, dentre outras medidas, a responsabilizar criminalmente os autores de crimes nucleares. O presente trabalho estudou ambas as decisões a partir do direito internacional dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Justiça de transição. Corte internacional. Responsabilidade penal e STF.

INTRODUÇÃO

O estudo sobre a responsabilidade penal dos autores de crimes nucleares contra os direitos humanos após a substituição de regimes autoritários por regimes democráticos é um tema central na *Justiça de Transição* (KRITY, 1995 e AMBOS, 2009). No ordenamento jurídico nacional dos países em transição tem sido apresentadas diferentes respostas, como a responsabilização penal plena dos agentes estatais (inclusive com invalidação de leis de anistia ou sua não aplicação), responsabilização penal parcial (com ou sem a instauração de comissões de verdade) e ausência de responsabilização criminal. No Direito Internacional, as cortes internacionais especiais (Tribunal de Nuremberg, Tóquio, Iugoslávia, Ruanda), universais (Tribunal Penal Internacional) e regionais (Corte Interamericana de

Direitos Humanos e Corte Europeia de Direitos Humanos) têm responsabilizado criminalmente os principais autores de crimes nucleares.

No Brasil, após a ditadura militar, embora tenham sido estabelecidas algumas medidas em favor da vítimas da ditadura e do restabelecimento da verdade, nenhum agente militar da ditadura foi responsabilizado criminalmente pelo cometimento de crimes nucleares. A Lei 6.683/79 anistiou todos os autores, civis ou militares, agentes estatais ou terroristas, de “crimes políticos ou conexos”, inclusive “os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”, praticados entre o período de 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Desde o início da sua vigência, a lei tem sido considerada válida, obstaculizando a responsabilização criminal. No ano passado, o Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF) decidiu (por maioria de votos), em sede de controle concentrado de constitucionalidade, que a Lei de anistia é constitucional e válida, impedindo a responsabilização penal no direito interno brasileiro.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), por outro lado, em dezembro de 2010, condenou o Brasil, dentre outros itens, a investigar e responsabilizar criminalmente e aplicar as sanções aos autores de crimes no caso da Guerrilha do Araguaia.

A decisão da Corte IDH opõe-se frontalmente à decisão da mais alta corte do Brasil, composta integralmente por juízes escolhidos e nomeados após o advento da democracia. Desta tensão, entre o direito interno e internacional, surge a seguinte pergunta: pode um tribunal internacional de direitos humanos (no caso, a Corte IDH) aplicar os direitos internacionais humanos para obrigar o Estado parte a responsabilizar penalmente os agentes estatais autores de delitos nucleares em contrariedade à decisão da Suprema Corte do país soberano, que considerou constitucional e válida a anistia ilimitada para autores de referidos crimes?

Para responder a esta pergunta, o presente trabalho tratará: 1) dos crimes cometidos durante a ditadura brasileira e do seu ordenamento jurídico e da aplicação da lei de anistia no Brasil, notadamente no caso da ADPF 153; 2) e, principalmente, dos direitos humanos internacionais para, após análise da jurisprudência da Corte IDH, verificar, de acordo com a doutrina e a jurisprudência internacional, a possibilidade de responsabilização criminal, examinado as exceções preliminares, a anistia, a prescrição e a irretroatividade da lei penal.

1 O DIREITO INTERNO: O DIREITO DA DITADURA E A ANISTIA BRASILEIRA

Para garantir a impunidade dos crimes cometidos contra subversivos e se manter no poder, a ditadura militar brasileira fez profundas alterações no sistema jurídico, editando atos institucionais, outorgando duas Constituições e

interferindo em todos os poderes do Estado. Neste contexto, entrou em vigor em 1979 uma lei de anistia *ampla, geral e irrestrita*, que tem que sido aplicada desde então, impedindo a responsabilização criminal dos autores de crimes nucleares contra os direitos humanos. Em 2010, o STF julgou constitucional e válida a lei de anistia perante a nova Constituição, impedindo a responsabilização criminal.

1.1 A DITADURA

Desde o golpe militar de 1º de abril de 1964 até a posse de um Presidente civil eleito indiretamente (ainda no período de transição) em 15 de março de 1985, o Brasil foi governado exclusivamente por militares escolhidos indiretamente sem participação popular (GASPARI, 2003). Neste período, foram praticados, de modo sistemático e generalizado, crimes nucleares (AMBOS, 2011, p. 219) e outras graves violações contra os direitos humanos (como tortura, homicídio, sequestro, censura, demissões, cassação de direitos políticos etc.) contra os opositores do regime militar. O Brasil, através da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, reconheceu a existência, durante a ditadura, de cerca de 20 mil torturas, entre 300 e 400 mortos e desaparecidos políticos, centenas de camponeses assassinados e a perda de mandatos e direitos políticos de 4.862 pessoas, conforme relatado pela Comissão sobre Mortes e Desaparecidos Políticos, pela Anistia Internacional e pela Arquidiocese de São Paulo.

1.2 O DIREITO DA DITADURA

Para combater os supostamente subversivos e a oposição, entraram em vigor no Brasil neste período diversas normas de exceção, inclusive constitucionais (como os Atos Institucionais e as Constituições outorgadas de 1967/1969), que violaram gravemente diversos direitos humanos.

1.2.1 OS MILITARES E O PODER CONSTITUINTE: OS ATOS INSTITUCIONAIS E AS CONSTITUIÇÕES OUTORGADAS

Durante a ditadura, foram outorgadas duas novas Constituições (1967/1969) que centralizaram o poder no executivo federal, eleito indiretamente (BONAVIDES e ANDRADE, 2002), e editados dezessete atos institucionais, atos jurídicos que conferiram poderes constituintes (art. 1º do AI 5) para os militares ao autorizá-los, dentre outras medidas, a reformar a Constituição, cassar mandatos legislativos, demitir servidores públicos e realizar eleições indiretas para Presidente da República. O mais grave foi o AI 5, o único sem prazo de validade, que suspendeu o *habeas corpus* contra crimes políticos contra a segurança nacional, proibiu a apreciação judicial dos atos decorrentes de referidos atos e conferiu poderes ao Presidente da República para suspender o Congresso. Ainda que não

tenha sido autorizada a tortura, o desaparecimento forçado e a execução sumária de opositores, os Atos Institucionais conferiram a base jurídica para permitir referidos atos ao concentrar os poderes nos militares, alijar os demais poderes e suspender direitos e garantias fundamentais.

1.2.2 OS PODERES NA DITADURA

Embora formalmente houvesse três poderes no Brasil, o Executivo federal passou a controlar os demais, já que, durante a ditadura, os militares tinham poder para escolher governadores e prefeitos, fechar o parlamento e extinguir partidos políticos, cassar mandatos políticos de parlamentares e nomear parlamentares “biônicos”. Ao Judiciário, foi excluída a apreciação dos atos decorrentes do AI 5 e de *habeas corpus* nos crimes contra a segurança nacional e ainda determinada a aposentadoria compulsória de juízes, inclusive de três ministros da Suprema Corte.

1.2.3 A LEI DE ANISTIA

Depois de 15 anos de vigência deste Estado de exceção, em que os militares passaram a controlar os demais poderes do Estado e os opositores já haviam sido em sua maioria perseguidos (presos, torturados, exilados, demitidos, cassados, censurados etc.) e intimidados, foi promulgada, em 28.08.1979, com apoio relevante da sociedade civil e papel proeminente da OAB, da ABI e da CNBB, a Lei 6.683, que conferia anistia *ampla, geral e irrestrita* anistia para os todos os autores de crimes políticos e conexos, bem como com motivação política. A lei de anistia permitiu, por exemplo, a liberdade de opositores do regime presos, o retorno do exílio de opositores do regime e a impunidade absoluta de todos os militares autores de crimes políticos e conexos, inclusive de crimes nucleares contra os direitos humanos.

1.2.4 CONTEÚDO E INTERPRETAÇÃO DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

Embora tenha sido discutido o significado e a extensão da Lei de Anistia Brasileira, a interpretação que sempre prevaleceu foi a de que todos os autores e partícipes de crimes políticos, conexos aos políticos, inclusive os praticados com motivação política, seriam beneficiados pela anistia por todos os fatos ocorridos entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Deste modo, todos os processos criminais e inquéritos policiais instaurados contra militares por crimes praticados neste período foram extintos com fundamento na lei de anistia.

A negociação da lei entre militares, partidos políticos, sociedade civil e outros atores sociais indica que era esta, claramente, a sua finalidade, notadamente em face do desejo dos exilados, presos e torturados de voltarem a

viver na legalidade no Brasil (DALLARI, 2011) e dos militares de, gradualmente, deixarem o poder sem sofrer sanções. A situação jurídica e política do Brasil na época, porém, impedia um processo realmente democrático na formação da lei, notadamente em face da hipertrofia do executivo e do poder assimétrico dos militares, principais beneficiários posteriores da lei que faziam na defesa do próprio interesse, já que opositores sofreram diversas penalidades penais e extrapenais e os criminosos comuns continuaram sendo punidos pelos mesmos crimes que os militares, ainda que menos graves.

1.3 A RECEPÇÃO DO DIREITO ANTERIOR PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Embora a Emenda Constitucional nº 26 de 27 de novembro de 1985, que convocou uma Assembleia Constituinte, em seu art. 4º, § 1º, tenha ratificado a lei de anistia, com a vigência da nova Constituição todas as normas anteriores precisam ser recepcionadas pelo novo ordenamento, agora democrático, o que pode ser feito através de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

1.3.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Em oposição à Constituição anterior, a nova Lei Fundamental brasileira estabeleceu a independência e harmonia entre os poderes e conferiu papel central aos direitos fundamentais (art. 5º da CF), centrada na dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, III da CF. Estabeleceu, ainda, diversos direitos fundamentais de cunho penal e processual, notadamente a vedação absoluta da tortura (GRECO, 2009, p. 7-40), a imprescritibilidade do crime de racismo (art. 5º, LXII) e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional (art. 5º, XLIV) e a insuscetibilidade de graça ou anistia do crime de tortura, tráfico, terrorismo e dos crimes assemelhados aos hediondos.

1.4 A DECISÃO DO STF NA ADPF 153

Em 21 de outubro de 2008, a OAB, com posterior intervenção de diversos *amicus curiae*, propôs, perante o STF, uma ADPF para questionar a constitucionalidade da Lei 6.683 perante a nova Constituição (ADPF 130/DF, rel. AYRES BRITTO e ADPF 33/PA, relator Gilmar Mendes) e para declarar que a lei de anistia não se estende aos crimes comuns praticados por agentes da repressão contra opositores do regime. O STF decidiu, por maioria de votos (7 x 2), declarar a constitucionalidade da lei de anistia com base nos seguintes argumentos, de acordo com a ementa e o voto do relator, Min. Eros Roberto Grau: a) a Lei de Anistia é válida e abrange todos os crimes políticos e comuns conexos com os políticos, inclusive os cometidos pelos militares; b) a lei de anistia é

uma lei medida (lei de efeitos concretos) e não pode ser julgada inconstitucional perante a nova ordem; 3) a lei de anistia é anterior à convenção da ONU contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes e à lei brasileira de tortura (Lei 9.455/97) e ao art. 5º XLIII; 4) somente o legislativo teria legitimidade para reformar a lei de anistia; 5) a lei de anistia foi ratificada pela EC 26/85, emenda convocatória da Constituição e que, portanto, integra a nova ordem constitucional.

Apesar da existência de dois votos dissidentes na ADPF 153, a sentença prolatada em sede de controle de constitucionalidade concentrado pelo STF tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes* (art. 10, § 3º da Lei 9.882/99) e tornou definitiva (art. 12 da Lei 9.882/99) no âmbito do direito interno a validade da lei de anistia para todos os envolvidos, inclusive os militares autores de crimes nucleares contra os direitos humanos.

2 OS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS: A ADPF 153 E AS OBRIGAÇÕES DO BRASIL PERANTE A CORTE IDH

A Lei de Anistia foi considerada válida pelo STF com efeito vinculante e eficácia *erga omnes* para o direito interno brasileiro. A partir de agora analisaremos se a decisão da República Federativa do Brasil é compatível com o direito internacional, no exercício do controle de convencionalidade, analisando a jurisprudência da Corte IDH e a competência temporal, a anistia, a prescrição e a irretroatividade da lei penal, notadamente em face da decisão da Corte IDH no caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.

2.1. A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH NO CASO DAS DITADURAS LATINO-AMERICANAS

No *leading case* “Barrio Altos vs. Perú” (2001), a Corte IDH decidiu que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a sanção dos responsáveis por violações graves aos direitos humanos tais quais a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por contrariar os direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos” (pár. 41).

Posteriormente, nos casos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” (2006), “la Masacre de la Cantuta vs. Peru” (2006) e “la Masacre de la Rochela vs. Colômbia” (2007), a Corte reiterou sua jurisprudência internacional para determinar que os autores de delitos graves contra os direitos humanos internacionais sejam responsabilizados criminalmente, sendo contrárias ao *jus cogens* e ao direito internacional a existência, no âmbito do direito

interno, de reservas, anistias, prescrições ou cláusulas de irretroatividade da lei penal para delitos graves contra os direitos humanos, nos termos da convenção interamericana.

2.2. A DECISÃO DA CORTE IDH NO CASO BRASILEIRO

Em 26 de março de 2009, a CIDH submeteu à Corte IDH, o caso da Guerrilha do Araguaia em face da omissão do Estado brasileiro em estabelecer todas as medidas necessárias para localizar os desaparecidos políticos, punir os autores de crimes graves contra os direitos humanos, estabelecer medidas plenas de compensação para as famílias das vítimas e reestabelecer a verdade.

Em sua resposta, o Estado alegou a incompetência *ratione temporis*, a falta de esgotamento dos recursos internos, a falta de interesse processual dos representantes e a superveniência de causa que instituiria uma quarta instância e, no mérito, solicitou a improcedência. Após o devido processo legal, a Corte, no exercício do controle de convencionalidade das obrigações internacionais assumidas pelo Brasil perante a convenção, reiterou sua jurisprudência anterior e condenou o Estado brasileiro.

Dentre as medidas determinadas, encontra-se a responsabilização criminal dos autores de crimes graves contra os direitos humanos de acordo com o padrão de violações de direitos humanos existentes na época, especialmente do desaparecimento forçado. A corte ressaltou ainda que: “o Estado (brasileiro) não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores, assim como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação, nos termos dos parágrafos 171 a 179 desta sentença” (par. 256, b).

2.3 O CASO ARAGUAIA E O DIREITO INTERNACIONAL

A condenação do Brasil no caso da “Guerrilha do Araguaia” confere maior destaque à justiça de transição no Brasil (SOARES, 2010 e DIMOULIS 2010) e torna necessária uma análise jurídica das questões preliminares (competência temporal e outras) e de mérito (anistia, prescrição e irretroatividade) à luz da jurisprudência e da doutrina internacionais.

2.3.1 AS EXCEÇÕES PRELIMINARES

Antes de se analisar as questões de mérito, é necessário que se aprecie perante o direito internacional as exceções preliminares propostas pelo Brasil e rejeitadas pela Corte, já que seu reconhecimento impediria a análise da causa de acordo com o direito convencional.

2.3.1.1 A COMPETÊNCIA TEMPORAL

Ao reconhecer a competência da Corte IDH pelo Decreto 4.463/2002, o Brasil fez uma reserva para limitá-la temporalmente somente para os fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, o que impediria a análise de fatos ocorridos durante a ditadura militar brasileira, como afirmou o STF na ADPF 153 no voto do relator.

2.3.1.1.1 O DESAPARECIMENTO FORÇADO COMO CRIME PERMANENTE

A Corte Interamericana reiterou sua competência para “julgar atos de caráter contínuo durante todo o tempo em que o fato continua” e reconheceu a natureza permanente ou contínua do desaparecimento forçado, que “se inicia com a privação de liberdade da pessoa desaparecida e a subsequente falta de informação sobre seu destino e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos.” (parágrafo 17).

O próprio STF do Brasil, na Extradução 974, deferiu a extradição de argentino responsável pelo crime de sequestro de menor fundamentando a decisão na permanência do delito, já que, em tese, enquanto não desvendado, o crime subsiste, o que afastaria a tese de prescrição. A doutrina internacional sobre desaparecimento forçado e a brasileira sobre sequestro também reconhecem a natureza permanente desses delitos. (AMBOS e BÖHM; p. 255 e SILVA, p. 39.52).

2.3.1.1.2 A jurisprudência da Corte IDH e o direito internacional

De todo modo, a Corte IDH, acompanhada da doutrina internacional, vem reconhecendo a sua competência para julgar crimes graves contra a humanidade deduzida dos Tratados Gerais de Direitos Humanos, do Pacto de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Interamericana, embora não se possa, segundo AMBOS, derivar daí uma obrigação de responsabilizar necessariamente criminalmente em face da existência de outras medidas compensatórias (2010, p. 39).

O costume internacional, os princípios gerais de direito internacional, o jus cogens e a ideia de direito tem justificado, na doutrina e na jurisprudência, a aplicação do direito internacional em caso de violações graves aos direitos humanos, embora o tema seja controverso.

Com o advento do Estatuto de Roma, a jurisprudência do TPI, com amplo apoio da doutrina internacional, tem reconhecido, com fundamento nos tratados combinados e no direito consuetudinário, um dever de responsabilização dos responsáveis por crimes nucleares, até para os países que não fazem parte do tratado, como ocorreu no caso do Sudão e da Líbia.

A existência de uma jurisdição internacional penal universal, inclusive para países não signatários, passa a servir de fundamento para justificar a atuação dos tribunais internacionais, inclusive da Corte IDH, em caso de crimes nucleares, o que torna sem efeito reservas materiais ou temporais, como seria nula também uma reserva que admitisse a tortura, o genocídio ou a impunidade em relação a quaisquer dos crimes nucleares por sua absoluta incompatibilidade com os direitos humanos internacionais.

O afastamento do limite temporal no caso da Guerrilha do Araguaia, portanto, encontra respaldo na jurisprudência da Corte Interamericana, no direito internacional e na própria jurisprudência do STF, conforme se subsume da Extradução 974-0 Argentina.

2.3.1.2 OUTRAS EXCEÇÕES

Durante o processo, o Brasil arguiu outras exceções e solicitou que o Tribunal: 1) declarasse a sua incompetência em face da ausência de esgotamento dos recursos internos; 2) declarasse a falta de interesse processual dos representanes; 3) reconhecesse a regra da quarta instância.

O Tribunal recusou, integralmente, as exceções com base na sua jurisprudência e no direito internacional, já que: 1) negou o pedido de indeferimento por falta de esgotamento dos recursos internos, que fora, parcialmente, extemporâneo, e reconheceu sua improcedência, assentando que a ADPF não era recurso disponível para as vítimas ou suficiente; 2) a CIDH têm plena legitimidade ativa perante a Corte e as medidas de raparação seriam analisadas no mérito; 3) o tribunal analisou o caso de acordo com a convencionalidade, cuja legitimidade decorre do seu reconhecimento enquanto um Tribunal Internacional de Direitos Humanos e não como quarta instância nacional.

2.3.2 A ANISTIA

A anistia, do grego ‘amñestia’, esquecimento ou oblívio, (MALLINDER, 2009, p. 132) vem sendo usada, há muito tempo, como uma forma de indulgência penal aplicada a crimes, normalmente políticos, cometidos no passado. No Código Penal, a anistia, juntamente com a graça e o indulto, é prevista como causa de extinção da punibilidade (art. 107, II).

2.3.2.1 CLASSIFICAÇÃO DA ANISTIA

A anistia, quanto aos destinatários, pode ser: 1) *ampla e geral*, abrangendo todos os autores de determinados crimes políticos ou conexos em determinado período e 2) *restrita*, quando se limita a autores de crime específico, como um crime eleitoral (REALE JUNIOR, 2004, p. 186). Pode, também, ser, quanto aos pressupostos: 1) *condicional*, quando impõe condições, como a entrega

das armas, ou 2) *incondicional*, quando o destinatário não está obrigado a cumprir nenhum dever de agir para se beneficiar da anistia (REALE JUNIOR, 2004, p. 186). De acordo com a autoria, a anistia pode classificar-se em: 1) anistia *stricto sensu*, quando autor da regra de anistia e o seu destinatário são pessoas diversas; 2) autoanistia, quando o autor da norma é o principal beneficiário da mesma.

CARVALHO FILHO classifica a anistia em: 1) *geral ou absoluta*, por ser irrestrita e incondicionada e 2) *parcial*, que pode ser: 2.1) *condicionada* ao implemento de determinadas condições e 2.2 *restrita*, por se limitar a determinados crimes, indivíduos ou grupos ou classes de indivíduos (1958, p. 126).

2.3.2.2 A ANISTIA NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Tradicionalmente utilizada como uma medida de concórdia e compaixão, a anistia vem sendo adotada recentemente no contexto de sociedades em transição de um estado autoritário para um estado democrático, com maior ou menor amplitude, com as mais diversas motivações, podendo servir para:

alleviating internal pressure; promoting peace and reconciliation; responding to internal pressure; adhering to cultural or religious traditions; providing reparations; encouraging exiles to return; and protecting state agents from prosecution. (MALLINDER, 2009, p. 133)

Para o nosso estudo, é relevante a noção de anistia como forma de garantir a paz e a reconciliação dentro da *justiça de transição*. Neste contexto, é útil a classificação da anistia em 1) *blanket amnesties*, anistia geral ou absoluta, que é irrestrita e incondicionada; 2) *anistias parciais*: 2.1) *restritas* a determinadas pessoas ou grupos de pessoas; e 3) *condicionadas* a determinadas medidas como a reparação, responsabilização e restabelecimento da verdade (através de comissões de verdade, *e. g.*).

2.3.2.3 A VALIDADE DA ANISTIA NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

As anistias absolutas, conhecidas como anistias amnésicas, por ocasionarem o total ‘esquecimento’ das atrocidades do passado são amplamente rechaçadas na doutrina e na jurisprudência internacionais por serem: 1) inadmissíveis nos casos de tortura; 2) contrariarem os tratados, os costumes internacionais e o próprio direito internacional; 3) serem inadmissíveis em crimes nucleares (AMBOS, 2010, p. 174).

A autoanistia tem sido utilizada como forma de anistiar de modo absoluto, irrestrito e incondicional os principais agentes violadores dos direitos humanos em ditaduras. Neste particular, a Corte IDH construiu sólida jurisprudência contra as autoanistias latino-americanas por contrariarem a Convenção

Interamericana de Direitos Humanos e o direito internacional, o que foi feito também pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Abdülşamet Yaman vs. Turkey, par. 55).

As anistias condicionadas somente têm sido reconhecidas, na Justiça de transição, caso atendam a condições mínimas de restabelecimento da paz, da verdade e da justiça. A doutrina vem procurando criar critérios mínimos para o reconhecimento da juridicidade de uma anistia parcial, como uma comissão de verdade efetiva, limitações materiais (exclusão de crimes nucleares) e pessoais (exclusão dos líderes). De todo modo, deve-se submeter ainda a um exame de sua legalidade através de uma análise do princípio da proporcionalidade.

2.3.2.4 A ANISTIA BRASILEIRA NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E NO DIREITO INTERNACIONAL

No caso brasileiro, a Lei 6.683 concedeu uma autoanistia, geral e irrestrita, que beneficiou, sem limitações, todos os agentes estatais autores de crimes nucleares, inclusive os líderes da repressão, sem impor quaisquer condições.

A autoanistia brasileira (promulgada durante um estado de exceção em que os Poderes do Estado eram controlados pelos principais violadores e beneficiários da lei) garantiu a impunidade plena dos militares que, ao contrário dos opositores (que foram perseguidos, mortos, presos, torturados, censurados *etc.*) e dos criminosos comuns (como os autores de outros crimes, inclusive de pequena monta, como furtos de pequeno valor), jamais sofreram qualquer sanção.

Embora tenha sido reconhecida válida no direito interno (a despeito da não vigência do Estado de Direito e da violação do princípio da igualdade, já que somente os militares nunca foram punidos, e da dignidade da pessoa humana), a lei de anistia brasileira não encontra respaldo no direito convencional.

A anistia brasileira contraria direito internacional por violar: 1) o dever de responsabilizar criminalmente os crimes graves contra a humanidade e os crimes nucleares; 2) os tratados internacionais; 3) o costume e os princípios gerais de direito internacional; 4) *o jus cogens* e a própria ideia de direito.

No caso dos crimes nucleares, a eventual admissibilidade de anistias absolutas é contrária à própria finalidade do Tribunal, pois, como observou AMBOS:

In fact, it is difficult to explain that an institution created to avoid impunity, should promote it by accepting amnesty; indeed, this would go against the *telos* of the ICC. (2009, p. 70)

Com efeito, a concessão de anistias absolutas para crimes nucleares não encontra amparo na jurisprudência de direitos humanos (especialmente da Corte Interamericana) e na doutrina internacionalista.

2.3.3 A PRESCRIÇÃO

A prescrição “põe fim à ação ou à pena, pelo decurso do tempo” (CARVALHO FILHO, 1958, p. 212) e se fundamenta na preservação da segurança jurídica. No Código Penal brasileiro, a prescrição, juntamente com a decadência e a perempção, é prevista como causa de extinção da punibilidade (art. 107, IV).

O prazo prescricional máximo previsto pelo Código Penal brasileiro é de 20 anos (art. 109, I do CP). Como os fatos consumados na época da ditadura ocorreram há mais de 20 (vinte) anos, “todas as ações penais estão prescritas”, segundo o ministro Peluso na ADPF 153.

Ademais, a Constituição brasileira prevê a imprescritibilidade apenas do crime de racismo (art. 5º, LXII) e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional (art. 5º, XLIV e HC 82.424/RS, STF). No direito internacional, o Brasil não ratificou os tratados que reconhecem a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade ou qualquer outro tratado em que se reconheça expressamente a imprescritibilidade (Voto do ministro Peluso na ADPF 153, STF).

2.3.3.1 A SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO

A doutrina e a jurisprudência de diversos países têm reconhecido, porém, a existência de causas suspensivas da prescrição para os crimes graves contra os direitos humanos cometidos por agentes de ditaduras fundadas: 1) na inexistência de Estado de Direito (*rule of law*) como hipótese de suspensão da prescrição, já que na vigência de um estado autoritário é inviável a responsabilização dos criminosos de Estado; 2) na aplicação de lei de anistia, durante o período em foi considerada válida, como causa de suspensão da prescrição.

2.3.3.2 A IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES NUCLEARES

Antes da criação do TPI, já se reconhecia, no direito internacional, a imprescritibilidade dos crimes graves contra a humanidade, como vinha decidindo a Corte Interamericana, especialmente em casos de tortura. Com o advento do Tribunal Penal Internacional, responsável por julgar os crimes nucleares contra os direitos humanos (o genocídio, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade) o instituto da prescrição contradiz a própria finalidade de uma justiça internacional penal criada apenas para punir os mais graves crimes contra os direitos humanos.

A decisão da Corte IDH ao declarar imprescritíveis os graves crimes contra os direitos humanos de acordo com a convenção interamericana encontra, portanto, fundamento no direito internacional e o Brasil, enquanto Estado parte, tem a obrigação de respeitar a decisão da Corte Internacional.

Poderia recorrer-se, ademais, como fundamento último para a imprescritibilidade, à fórmula de Radbruch (SWENSSON JUNIOR; 2010, p. 47-54), mas, no atual estágio de desenvolvimento do direito internacional penal, a imprescritibilidade dos crimes nucleares encontra fortes argumentos no direito positivo, estando os Estados obrigados a respeitar os direitos humanos internacionais.

2.3.4 A IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL

O princípio jurídico da irretroatividade da lei penal (*nullum crime, nulla poena sine praevia lege*), previsto pela Constituição brasileira (art. 5º, XXXIX), é apontado como um importante obstáculo para a responsabilização criminal dos militares autores de crimes nucleares ocorridos durante a ditadura.

O desaparecimento forçado, porém, ainda continua, em tese, a ocorrer, e se aplica a ele o Código Penal atualmente vigente no Brasil, que tipifica o fato como sequestro.

A responsabilização penal por fatos ocorridos na ditadura não implica, na grande maioria dos casos, na criação de novos tipos penais, já que os principais crimes contra os direitos humanos praticados pela ditadura, como homicídio, lesão corporal, maus-tratos, estupro e atentado ao pudor, dentre outros, eram tipificados como crimes pelo Código Penal da época, ainda vigente com algumas alterações.

O fato, na época, era previsto como típico e antijurídico e o que impediu a responsabilização dos militares foi a existência de um Estado de Exceção (em que os militares controlavam os Poderes do Estado) e a aplicação da lei de anistia, que, mesmo na democracia, foi reconhecida como causa de extinção da punibilidade.

A decisão da Corte Interamericana que declarou inexistente, nula ou sem efeito a anistia brasileira negou vigência desde a origem, perante o direito internacional, a uma causa de extinção de punibilidade. Por conseguinte, o fato típico, antijurídico e culpável permanece sendo punível de modo semelhante ao que ocorreria caso fosse declarada a inconstitucionalidade com efeito *ex tunc* de uma causa de extinção da punibilidade no direito interno.

CONCLUSÃO

Durante a ditadura brasileira, as gravíssimas violações aos direitos humanos, inclusive os crimes contra a humanidade, foram acompanhadas pela instituição de um *direito de exceção* e pela hipertrofia do poder Executivo controlado pelos militares em detrimento dos demais poderes. A Lei de Anistia, ainda que contasse com apoio da sociedade civil, foi elaborada neste contexto e serviu para beneficiar os militares, que ficaram impunes pelos crimes que cometeram.

A declaração de constitucionalidade da Lei de Anistia pelo STF, durante a vigência do Estado de Direito, pode ter validade no âmbito interno, mas não vincula os tribunais internacionais.

A decisão do caso “Gomes Lund e Outros vs. Brasil” da Corte IDH, ao determinar a obrigação do Brasil para responsabilizar criminalmente os agentes da repressão autores de crimes graves contra os direitos humanos e declarar contrárias ao direito internacional os limites temporais, a anistia, a prescrição e a irretroatividade da lei penal para o caso Araguaia encontram fundamento na doutrina internacional e na jurisprudência da própria Corte e de outros tribunais de direitos humanos.

Como Estado parte da Corte IDH, o Brasil deverá cumprir a decisão e adequar o seu direito interno ao direito convencional, sob pena de infringir o direito internacional dos direitos humanos (*ALFONSO*, p. 65-68 e *DAMASKA*, p. 329-365).

REFERÊNCIAS

ALFONSO, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur. In: *AMBOS*, Kai, *MALARINO*, Ezequiel e *ELSNER*, Gisela (ed). **Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos Y derecho penal internacional**. Montevideo: Georg-August-Universität-Göttingen/Konrad Adenauer Stiftung, p. 63-79.

ALMQVIST, Jessica; *Espósito*, Carlos (coord.). Justicia transnacional en Iberoamérica. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

AMBOS, Kai. **Internationales Strafrecht**. Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht. 3. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2011

_____. O Marco Jurídico da Justiça de Transição. In: *SOARES*, Inês Virgínia P. e *ZILLI*, Marcos. **Anistia, Justiça e Impunidade. Reflexões sobre a Justiça de Transição no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

AMBOS, Kai e BÖHM, María Laura. La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. In: **Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional**. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2009, p. 195-255.

AMBOS, Kai et. al. (eds.). **Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transnational Justice, Peace and Development**. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Anistia: Esquecimento legal e memória de fato, Disponível em: <http://www2.fpa.org.br/o-que-fazemos/memoria-e-historia/exposicoes-virtuais/dalmo-dallari>, (última busca em 10.06.11).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BONAVIDES, Paulo & ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB editora, 2002.

BRUNO, Anibal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo 3º. Pena e Medida de Segurança. 3. Ed. Rio e São Paulo, Forense, 1967.

CARVALHO FILHO, Aloysio de. **Comentários ao Código Penal**. Vol. IV. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1958.

DAMASKA, Mirjan, What is the Point of International Criminal Justice?, Chicago-Kent Law Review 83 (2008), 329-365.

DIMOULIS, Dimitri, MARTINS, Antonio, SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert e NEUMANN, Ulfrid. **Justiça de transição no Brasil**. São Paulo, Editora Saraiva, 2010.

ESER/SIEBER/ARNOLD (Hrsg.). *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. Teilband 13. Brasilien*. Berlin: Duncker & Humboldt, 2009.

KRITY, Neil J, editor. **Transitional Justice. How emergin democracies reckon with former regimes**. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 1995. Contents: v. 1. General considerations. V. 2. Countrz Studies. V. 3. Laws.

GASPARI, Elio. **O sacerdote e o feiticeiro: a ditadura derrotada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. **A ditadura escancarada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

GRECO, Luís e SCHÜNEMANN, Bernd. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados “casos de bomba-relógio” e comentário. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo Ano 17, n. 78, Revista dos Tribunais, p. 7-40, mai/jun de 2009.

HERNANDEZ, Salvador A. Millaleo. *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht in Chile*. In: Eser/Sieber/Arnold (Hrsg.). **Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht. Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse. Teilband 11**. Berlin: Duncker & Humboldt, 2007.

PETÉ, Stephen und PLESSIS, Max du. *Repairing the Past? International Perspectives on Reparation for Gross Human Rights Abuses*. Intersentia: Antwerpen und Oxford, 2007.

MALLINDER, Louise. Exploring the Practice of States in Introducing Amnesties. In: *AMBOS, K. et. al. (eds.). Building a Future on Peace and Justice: Stud-*

ies on Transitional Justice, Peace and Development. Berlin and Heidelberg: Springer-Verlag, 2009, p. 127-171.

PRADO, Luís Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** Parte Geral. Arts. 1º a 120. Vol. 1. 9. ed. São Paulo, RT, 2010.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral.** 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

REALE JUNIOR, Miguel. **Insituições de Direito Penal.** Vol. II. W. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

SOARES, Inês Virgínia Prado e KISHI, Sandra Akemi Shimada (coord.). **Memória e verdade. A Justiça de Transição no Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

SOARES, Inês Virgínia P. e ZILLI, Marcos. **Anistia, Justiça e Impunidade. Reflexões sobre a Justiça de Transição no Brasil.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

SILVA, Pablo Rodrigo Alfien. Informes Nacionales. Brasil. In: AMBOS, Kai (coord). **Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional.** Bogotá: Editorial Temis S. A., 2009, p. 39-52.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. **Anistia Penal. Problemas de Validade da Lei de Anistia Brasileira (Lei 6.683/79).** Curitiba, Juruá, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal.** Parte Geral. 5. ed. São Paulo, RT, 2004.

THE GOMES LUND AND OTHERS VS. BRAZIL CASE: CONSTITUTIONAL ASPECTS

Abstract: *After the judgment from ADPF 153 by the Brazilian Supreme Court (which found constitutional the amnesty law for the military, avoiding criminal responsibility) the Interamerican Court for Human Rights, in case Araguaia, decided that Brazil must punish militaries for core crimes. The present work studies both decisions and the international human rights.*

Keywords: *Human Rights. Transitional justice. international courts, criminal responsibility. Supreme Court. Brazil.*

Data de recebimento: **nov/2010** – Data de aprovação: **jan/2011**

RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL: VINCULAÇÃO, SEPARAÇÃO E AS CONTRIBUIÇÕES DE HABERMAS E NINO

Bruno Cunha Weyne

Mestre em Direito (UFC). Professor-substituto da Faculdade de Direito (UFC).

brunoweyne@yahoo.com.br

Sumário: Introdução. 1. A vinculação entre Direito e moral e o jusnaturalismo. 2. A separação entre Direito e moral e o positivismo jurídico. 3. A complementaridade recíproca entre Direito e Moral segundo Habermas. 4. O discurso de justificação do Direito e a tese da vinculação segundo Nino. Conclusão. Referências.

Resumo: O artigo pretende apresentar as principais teorias acerca da relação entre Direito e moral, assinalando as contribuições da filosofia jurídica contemporânea de Jürgen Habermas e de Carlos Santiago Nino. Para realizar essa tarefa, o texto divide-se em duas partes: a primeira examina as teses da vinculação e da separação entre Direito e moral de acordo com o jusnaturalismo e com o positivismo jurídico, respectivamente; a segunda parte analisa as propostas de Habermas e Nino sobre a relação entre Direito e moral e investiga como elas podem superar o debate tradicional.

Palavras-chave: Direito e moral. Jürgen Habermas. Carlos Santiago Nino.

INTRODUÇÃO

A discussão em torno da relação entre Direito e moral é uma das mais antigas e também mais relevantes da Filosofia do Direito, já que “constitui o principal problema na polêmica acerca do conceito de Direito” (ALEXY, 2009, p. 3), assim como envolve a própria questão da legitimidade do Direito. Para Robert Alexy (2009, p. 3-4), duas posições fundamentais sobre essa relação podem ser identificadas: a positivista e a não positivista. Ele afirma que todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*, segundo a qual o conceito de Direito não deve incluir elementos morais, ao passo que todas as teorias não positivistas defendem a *tese da vinculação*, segundo a qual o conceito de Direito deve conter tais elementos.

Como será visto adiante, pode-se observar que, embora todos os jusnaturalistas defendam a tese da vinculação, Alexy tem razão em não reduzir a defesa dessa tese apenas a essa linha de pensamento, uma vez que o debate filosófico-jurídico contemporâneo apresenta novas perspectivas – dentre as quais duas serão aqui abordadas – para se repensar a relação entre Direito e moral a partir da ideia de uma vinculação entre tais saberes.

Este trabalho tem como objetivo, em primeiro lugar, expor criticamente as teorias explicativas da relação entre Direito e moral a partir do jusnaturalismo (tese da vinculação) e do positivismo jurídico (tese da separação). Em segundo lugar, busca-se apresentar as propostas de Jürgen Habermas, que sustenta uma relação de complementaridade recíproca entre Direito e moral, e de Carlos Santiago Nino, que entende ser inevitável o recurso à moral na tarefa de justificação do Direito. Dessa maneira, procura-se averiguar como a contribuição desses autores contemporâneos implica uma superação do debate tradicional entre jusnaturalismo e positivismo jurídico sobre a relação entre Direito e moral.

Diante do caráter hermenêutico desta investigação, utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica, baseada no levantamento, na leitura e elaboração de fichamentos críticos dos livros e artigos científicos referenciados ao final do texto. Ainda sobre o aspecto metodológico, convém destacar que os debates no Grupo de Pesquisa *Filosofia dos Direitos Humanos* (CNPq/UFC) foram de suma importância para o desenvolvimento das ideias ora apresentadas, uma vez que o tema central do presente trabalho relaciona-se diretamente com a reflexão filosófica sobre os direitos humanos, como, por exemplo, no que concerne ao caráter normativo e ao papel desses direitos dentro da ordem jurídica estatal.

1 A VINCULAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL E O JUSNATURALISMO

O antigo debate entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico gira em torno da relação entre Direito e moral¹. De uma maneira bem geral, pode-se afirmar que, enquanto o jusnaturalismo sustenta que há uma *vinculação intrínseca* entre Direito e moral, o positivismo jurídico nega tal vinculação². No entanto, dentro da ideia de que existe uma vinculação entre Direito e moral podem enquadrar-se várias doutrinas jusnaturalistas com teses distintas sobre essa vinculação. Mas, afinal de contas, qual é a tese sobre a relação entre Direito e moral que o jusnaturalismo defende e que o juspositivismo rechaça? Dito de outro modo:

¹ A esse respeito, cf. NINO (2007b, p. 16-43).

² Deve-se reiterar aqui que, embora a tese da separação seja defendida por todo positivista, a tese da vinculação não é defendida apenas pelos jusnaturalistas, haja vista que a filosofia jurídica contemporânea oferece propostas de releitura da relação entre Direito e moral a partir da ideia de uma conexão entre esses saberes. Cf. tópicos 4 e 5 deste trabalho.

é possível falar de uma tese geral que toda doutrina jusnaturalista tem de aderir para assim ser chamada? Nino (2007b, p. 28) responde que sim, argumentando que duas são as teses que caracterizam o jusnaturalismo:

- a) Uma tese de filosofia ética que sustenta que há princípios morais e de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana.
- b) Uma tese acerca da definição do conceito de Direito, segundo a qual um sistema normativo ou uma norma jurídica não podem ser qualificados de jurídicos se contradizem aqueles princípios morais ou de justiça.

Acrescenta o aludido autor que, embora os jusnaturalistas coincidam na defesa dessas duas teses, eles discrepam no que tange à origem ou ao fundamento dos princípios morais e de justiça que vão conformar o chamado “Direito natural” e acerca de quais são tais princípios. Norberto Bobbio (1997, p. 61) parece concordar com a tese *a*, na medida em que afirma que “Historicamente, sempre se chamou de ‘jusnaturalista’ quem acreditou na existência de leis da conduta universalmente válidas e, também, na possibilidade de descobri-las na natureza por meio da razão”. Ambas as teses serão avaliadas com base em uma breve análise do pensamento de três filósofos que, apesar de pertencerem a distintos períodos históricos, são tidos como emblemáticos jusnaturalistas, a saber: Aristóteles, Tomás de Aquino e John Locke.

No Capítulo 7, do Livro V, da sua *Ética a Nicômaco*, Aristóteles (2002, p. 151) trata da distinção entre Direito natural e Direito positivo, afirmando o seguinte:

A justiça política é em parte natural, em parte convencional. Uma regra de justiça natural é aquela que apresenta idêntica validade em todos os lugares e não depende de nossa aceitação ou inaceitação. Uma regra convencional é aquela que, em primeira instância, pode ser estabelecida de uma forma ou outra indiferentemente, ainda que uma vez estabelecida, deixa de ser indiferente.

A partir desse trecho, percebe-se que o Direito natural é definido por meio de duas características: a primeira é a sua validade universal, independentemente do lugar, visto que, segundo Aristóteles (2002, p. 152), o Direito natural é determinado pela natureza, quer dizer, é algo tão natural como o fogo que queima tanto na Grécia quanto na Pérsia; a segunda característica refere-se ao fato de as regras de justiça natural não dependerem da aceitação das pessoas, pois determinam o que é justo ou injusto por si mesmas.

No que tange ao Direito positivo, Aristóteles caracteriza-o com base tão somente na oposição da segunda característica, não se reportando à oposição da primeira. Contudo, em comentário ao trecho citado, Bobbio (1997, p. 33-34) esclarece que o oposto da primeira característica pode ser subentendido: “contrariamente ao direito natural, que tem a mesma eficácia em toda parte, podemos

atribuir ao direito positivo, sem que Aristóteles precise dizê-lo, a característica de mudar de lugar para lugar, de ter validade particular e não universal”. A característica do Direito positivo indicada por Aristóteles é a seguinte: enquanto o Direito natural estabelece uma esfera de comportamentos em que são obrigatórias as ações boas ou más por si mesmas, independentemente da vontade humana, o Direito positivo trata justamente da esfera de ações indiferentes aos comandos do Direito natural: “Em outras palavras, as ações regidas pelo direito positivo são aquelas que seriam livres, não fosse o comando ou a proibição do direito positivo” (BOBBIO, 1997, p. 34). Importa verificar o que aconteceria se uma lei positiva regulasse uma conduta de forma contrária ao que uma lei natural prescreve. Embora não haja ainda em Aristóteles a moderna noção dualista moralidade/legalidade³, esse autor deixa claro, em sua obra *Retórica*, a preferência por um Direito natural quando coloca em evidência a excelência das leis não escritas, referindo-se inclusive ao exemplo de Antígona, quando ela desobedece à lei positiva de Creonte em favor de uma lei superior a esta: “[...] o razoável permanece sempre e nunca muda, como tampouco a lei geral (pois é conforme à natureza), enquanto que as escritas o fazem com frequência; daí o que se diz na Antígona de Sófocles, quando ela se defende por haver sepultado seu irmão contra a lei de Creonte, mas não contra a não escrita” (ARISTÓTELES, 1998, p. 130).

Na sua *Suma Teológica*, Tomás de Aquino formula um jusnaturalismo de cunho teológico. Aqui, o direito ou lei natural é uma espécie do gênero lei. Para ele, toda lei consiste em “uma ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade” (AQUINO, 2005, p. 527-528). Distingue quatro espécies de lei: a lei *eterna*, a lei *natural*, a lei *divina* e a lei *humana*.

A lei eterna é a sabedoria divina enquanto princípio diretivo de todo ato e de todo movimento no mundo. Conquanto ninguém possa apreender diretamente a lei eterna tal como ela é em si mesma, toda criatura racional a conhece, de maneira mais ou menos perfeita, através dos princípios comuns da lei natural, a qual nada mais é do que a participação da lei eterna na criatura racional. O primeiro e mais básico preceito da lei natural se funda na noção de bem: “o bem deve ser feito e procurado; e o mal, evitado” (AQUINO, 2005, p. 562). Sobre esse preceito se fundam todos os demais preceitos da lei natural. Como os juízos humanos podem vacilar a respeito de determinados assuntos, Deus revelou alguns preceitos, para que o homem possa saber, sem nenhuma dúvida, aquilo que deve fazer ou evitar, tal como os Dez Mandamentos. Esses preceitos constituem a lei divina. Finalmente, a lei humana abrange todos os preceitos particulares descobertos pela razão humana, a fim de enfrentar as diferentes situações criadas

³ “A ação boa e justa não é, para Aristóteles, a ação moral do indivíduo isolado da modernidade, mas a ação humana, e enquanto tal situada num feixe de relações. Aristóteles nunca conheceu a forma moderna da separação entre o indivíduo e a esfera política, como ela se explicitou, por exemplo, na separação kantiana entre *moralidade* e *legalidade* [...]” (OLIVEIRA, 1993, p. 57).

pelo relacionamento entre os indivíduos. A lei humana, como enfatiza Tomás de Aquino (2005, p. 576), deve ajustar-se aos preceitos da lei natural: “[...] toda lei humanamente imposta tem tanto de razão de lei quanto deriva da lei da natureza. Se, contudo, em algo discorda da lei natural, já não será lei, mas corrupção da lei”.

Na filosofia de John Locke (1994, p. 88), o Direito natural é uma lei não escrita, derivada da razão e absolutamente inteligível a todos os homens que se dediquem ao seu estudo, sendo possivelmente mais clara que as leis positivas da comunidade civil, “pois a razão é mais fácil de ser compreendida que os sonhos e as maquinações intrincadas dos homens, buscando reduzir em palavras interesses contrários e ocultos”. Esse Direito natural é válido tanto no estado de natureza quanto na sociedade civil e, através dele, “toda a humanidade aprende que, sendo todos iguais e independentes, ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens” (LOCKE, 1994, p. 84).

Locke deixa claro, em várias passagens do seu *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*, que o Direito natural, além de acessível à razão humana, possui origem divina. Nessa perspectiva, ele afirma que “todos os homens são obra de um único Criador todo-poderoso e infinitamente sábio, todos servindo a um único senhor soberano, enviados ao mundo por sua ordem e a seu serviço; são portanto sua propriedade [...]” (LOCKE, 1994, p. 84). Do mesmo modo, sustenta que todas as regras que regem as ações humanas devem “*estar de acordo com a lei da natureza, isto é, com a vontade de Deus, da qual ela é a declaração*; como a lei fundamental da natureza é a preservação da humanidade, nenhuma sanção humana pode ser boa ou válida contra ela” (LOCKE, 1994, p. 164, grifo nosso). Como se vê, o Direito positivo deve adotar os preceitos do Direito natural como parâmetro de justiça. Nas palavras de Locke (1994, p. 88): “[as leis civis dos países] só são justas na medida em que se baseiam na lei da natureza, pela qual devem ser regulamentadas e interpretadas”.

Após essa análise, pode-se constatar que a tese *a* proposta por Nino, segundo a qual todo jusnaturalista defende que há certos princípios morais ou de justiça universalmente válidos e acessíveis à razão humana, está realmente presente no pensamento dos três autores citados. No que se refere à tese *b*, segundo a qual um sistema normativo ou uma norma jurídica não podem ser qualificados como jurídicos se contradizem aqueles princípios morais ou de justiça, percebe-se que ela exige um esclarecimento mais preciso. Pois bem, a ideia-chave que está por trás da tese *b* é a de que o Direito positivo deve estar de acordo com o Direito natural, havendo uma verdadeira *relação de subordinação* de um em face do outro, sob pena de o primeiro ser considerado injusto, ilegítimo, ou ainda, inválido. Com isso, Nino pretende demonstrar que, para o jusnaturalismo em geral, um Direito em desacordo com os princípios morais ou de justiça é um Direito que não tem valor autêntico, daí não poder ser qualificado com o adjetivo “jurídico”. Nesse

caso, surge necessariamente uma exigência deontológica de reforma da ordem positiva. Feitas essas ponderações, observa-se que a tese *b* também está presente no pensamento dos três autores estudados.

2 A SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL E O POSITIVISMO JURÍDICO

Como visto anteriormente, o positivismo jurídico sustenta a tese de que inexistente qualquer vinculação entre Direito e moral, havendo uma verdadeira *separação* entre eles. Todavia, considerando que existem várias vertentes juspositivistas acerca de como se opera essa separação, também aqui se pode perguntar se existe alguma tese geral que caracterize uma doutrina jurídica como positivista. Segundo Nino (2007b, p. 37), aquilo que caracteriza o positivismo jurídico é “a tese de que o conceito de Direito *não* deve caracterizar-se segundo propriedades valorativas, mas sim levando em consideração apenas propriedades descritivas”. Acrescenta que, segundo essa tese, “as proposições acerca do que o Direito dispõe não implicam juízos de valor e são verificáveis em relação a certos fatos observáveis empiricamente” (NINO, 2007b, p. 37). No mesmo sentido, Samuel Schuman (1963, p. 121) afirma que o positivismo jurídico “é tanto a aceitação da tese de que Direito e moral estão separados quanto a aceitação de determinada teoria sobre a natureza da moral referida ao não cognitivismo”. Para verificar como essas teses manifestam-se nas doutrinas juspositivistas, analisar-se-á criticamente o pensamento de Hans Kelsen, que é tido por muitos como um representante emblemático do positivismo jurídico.

No capítulo II, da sua *Teoria Pura do Direito*, Kelsen (2003, p. 68) argumenta inicialmente que a distinção entre Direito e moral não pode referir-se à conduta que prescrevem essas ordens sociais: “O suicídio não pode ser apenas proibido pela moral, mas tem de o ser também pelo Direito; a coragem e a castidade não podem ser apenas deveres morais – são também deveres jurídicos”. O autor acrescenta que também é errada a concepção frequente de que o Direito prescreve uma conduta externa e a moral uma conduta interna, uma vez que ambos os tipos de condutas – externa e interna – seriam prescritas pelas duas ordens sociais referidas⁴. Kelsen (2003, p. 68), aludindo à ética kantiana, interpreta-a no

⁴ “A virtude moral da coragem não consiste apenas no estado de alma de ausência de medo, mas também em uma conduta exterior condicionada por aquele estado. E, quando uma ordem jurídica proíbe o homicídio, proíbe não apenas a produção da morte de um homem através da conduta exterior de um outro homem, mas também uma conduta interna, ou seja, a intenção de produzir um tal resultado” (KELSEN, 2003, p. 68). Aqui, Kelsen parece afastar-se do ponto central da discussão sobre a conduta externa e conduta interna, que será mais bem trabalhada no tópico 4 deste texto. Tal discussão refere-se ao fato de o Direito retirar o fardo motivacional que uma norma moral (racional) requer, ou seja, a conduta exigida pelo Direito prescinde da intenção do agente, satisfazendo-se perfeitamente com a obediência à norma jurídica por medo da sanção; já a conduta exigida por uma moral da razão – em termos kantianos – só encontra seu valor na medida em que é praticada por dever moral, independentemente de qualquer fator empírico – inclinações, interesses, desejos etc. Como Kelsen não aceita a ideia de uma moral da razão, é de certa forma compreensível o sentido da sua argumentação.

sentido de que, diferentemente do Direito, a conduta interna que a moral exige “deverá consistir em uma conduta que, para ser moral, terá de ser realizada *contra a inclinação*” (grifo nosso).

O comentário de Kelsen sobre a proposta de Kant, contudo, não é completamente fiel ao pensamento original deste autor. Kant (1995, p. 38) entende que a ação não é moralmente boa por aquilo que se promove ou realiza, quer dizer, o valor moral da ação não reside no efeito que dela se espera: “nada senão a *representação da lei* em si mesma, que *em verdade só no ser racional se realiza*, enquanto é ela, e não no efeito esperado, que determina a vontade, pode constituir o bem excelente a que chamamos moral”. Isso significa dizer que o valor moral da ação consiste em fazer o bem, não por inclinação, mas por dever. Observe-se, portanto, que a ação, para ser moral, não deve ser praticada “contra a inclinação”, mas sim praticada pura e voluntariamente por dever – ou seja, por respeito à lei. A diferença, embora possa parecer sutil, confere mais destaque à oposição à inclinação do que à própria ideia de respeito à lei. Esse distanciamento do pensamento kantiano, na verdade, tem relação com a posição cética de Kelsen a respeito da possibilidade de uma moral da razão universalmente válida.

Kelsen (2003, p. 70) argumenta, em seguida, que o Direito e a moral tampouco se distinguem essencialmente com referência à produção ou à aplicação das suas normas: “Tal como as normas do Direito, também as normas da moral são criadas pelo costume ou por meio de uma elaboração consciente [...]. Neste sentido a moral é, como o Direito, *positiva*, e só uma moral positiva tem interesse para uma ética científica, tal como apenas o Direito positivo interessa a uma teoria científica do Direito”. Antes de entrar no mérito da relatividade da moral, Kelsen (2003, p. 71) afirma que a única distinção entre Direito e moral não pode ser encontrada *naquilo* que as duas ordens sociais prescrevem ou proíbem, mas sim *como* elas prescrevem ou proíbem as condutas humanas:

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da moral quando [...] se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física.

Para Kelsen, as relações entre Direito e moral podem ser abordadas tanto quanto à forma como quanto ao conteúdo. No que tange à forma, as considerações feitas até então já revelam a posição do autor sobre o assunto. No que diz respeito ao conteúdo, há aqueles que afirmam que “o Direito por sua própria

essência tem um conteúdo moral ou constitui um valor moral, com isso afirma-se que o Direito vale no domínio da moral, que o Direito é uma parte constitutiva da ordem moral, que o Direito é moral e, portanto, é por essência justo” (KELSEN, 2003, p. 72). A justificação do Direito por esta tese tem de pressupor que apenas *uma* única moral é a válida, ou seja, uma moral absoluta, que fornece valores morais absolutos, os quais serão os únicos aptos a legitimar o Direito.

Segundo Kelsen (2003, p. 72), no entanto, essa linha de raciocínio é insustentável do ponto de vista de um conhecimento científico, já que “um valor absoluto apenas pode ser admitido com base em uma crença religiosa na autoridade absoluta e transcendente da divindade”. Desse modo, argumentando que é impossível determinar qualquer elemento comum às diferentes ordens morais positivas, Kelsen (2003, p. 73) afirma que só é correto falar de valores relativos e de uma moral relativa: “Com efeito, quando se não pressupõe *a priori* como dado, isto é, quando se não pressupõe qualquer valor moral absoluto, não se tem qualquer possibilidade de determinar o que é que tem de ser havido, em todas as circunstâncias, por bom e mau, justo e injusto”. Para ele, a única coisa comum a todos os sistemas morais possíveis é a sua forma, o dever-ser, o caráter de norma. Deduz, nesse sentido, que “a questão das relações entre o Direito e a moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma” (KELSEN, 2003, p. 74).

Ao se filiar a uma teoria relativa dos valores, Kelsen sustenta que a validade de uma ordem jurídica positiva independe da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de moral, visto que não há uma moral ou uma justiça absolutas. Assim sendo, a legitimação do Direito pela moral (positiva) é irrelevante, porquanto, para Kelsen (2003, p. 77), não é tarefa da ciência jurídica aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas conhecê-lo e descrevê-lo: “[...] a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma a valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores. O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito”. Diante dessas considerações, Kelsen conclui que não existe uma relação de vinculação entre Direito e moral, como pretendem os jusnaturalistas. Do ponto de vista do conhecimento dirigido ao Direito positivo, exige-se uma separação entre Direito e moral, sendo possível, como visto anteriormente, que uma norma jurídica seja considerada válida ainda que contrarie uma ordem moral.

Alguns questionamentos importantes podem ser levantados contra o positivismo jurídico: ao se limitar à tarefa cognitivo-descritiva do Direito, deixando de lado a tarefa de legitimação do ordenamento jurídico, o jurista científico de Kelsen não permitirá que toda sorte de critérios ingressem no Direito positivo? Em outras palavras: é possível e desejável que a validade de uma norma jurídica independa de critérios morais? No mesmo sentido, pode-se perguntar o seguinte:

é possível e desejável que o jurista não se identifique com qualquer valor ao realizar o seu labor científico de conhecer e descrever o Direito? Essas intrigantes questões serão analisadas nas partes subsequentes deste texto, nas quais serão abordadas duas propostas da filosofia jurídica contemporânea sobre as relações entre Direito e moral. De um lado, Habermas busca superar, de maneira crítica, o debate tradicional entre jusnaturalismo e juspositivismo, sustentando que o Direito e a moral são saberes autônomos, que se complementam reciprocamente em sua tarefa comum de ordenar legitimamente as relações interpessoais. De outro lado, Nino pretende demonstrar, logicamente, que o Direito não tem uma “autonomia justificatória”, subsistindo uma inevitável subordinação do Direito em face da moral, especificamente no que concerne à legitimação daquele.

3 A COMPLEMENTARIDADE RECÍPROCA ENTRE DIREITO E MORAL SEGUNDO HABERMAS

Para além das tradicionais teorias explicativas da relação entre Direito e moral a partir das noções de subordinação e separação, Habermas prefere esclarecê-la a partir de uma relação sociológica complementar⁵. Para ele, o Direito moderno, ao manter a distinção entre Direito natural e Direito positivo, apega-se a uma reduplicação do conceito de Direito que não é plausível nem do ponto de vista sociológico nem do ponto de vista normativo: “Eu penso que no nível de fundamentação pós-metafísico, tanto as regras morais como as jurídicas diferenciam-se da eticidade tradicional, colocando-se como dois tipos diferentes de normas de ação, que surgem *lado a lado*, complementando-se” (HABERMAS, 2003, p. 139).

Segundo Habermas, Kant, na sua *Metafísica dos Costumes*, não procede de acordo com essa noção de complementaridade, uma vez que ele extrai o “princípio geral do Direito” da aplicação do conceito fundamental da lei da liberdade moral a “relações externas”. Tanto na concepção kantiana quanto na reduplicação do conceito de Direito em Direito natural e Direito positivo subjaz uma herança platônica (relação de subordinação normativa do Direito à moral), ou seja, a intuição segundo a qual “a comunidade ideal dos sujeitos moralmente imputáveis [...] entra no tempo histórico e no espaço social, passando pelo *medium* do Direito, adquirindo uma figura concreta, localizada no espaço e no tempo, enquanto comunidade de direito” (HABERMAS, 2003, p. 140). Habermas (2003, p. 140-141), neste momento, afasta-se do positivismo jurídico, ao reconhecer

⁵ Cabe destacar que Habermas, diferentemente de Kelsen, não rejeita a possibilidade de uma moral da razão. Na verdade, a elaboração teórica daquele autor baseia-se no papel complementar que assumem a moral da razão e o Direito positivo. Tanto assim que o item no qual ele aborda o assunto intitula-se “Normas morais e normas jurídicas: sobre a relação de complementaridade entre moral racional e direito positivo” (HABERMAS, 2003, p. 139).

que a aludida intuição não é de todo falsa, “pois uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral”. No entanto, afasta-se igualmente do jusnaturalismo ao defender que essa relação não deve levar à subordinação do Direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas: “A ideia de que existe uma hierarquia de leis faz parte do mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se em uma *relação de complementaridade* recíproca” (HABERMAS, 2003, p. 141).

Habermas (2003, p. 141) segue argumentando que as questões morais e jurídicas referem-se aos mesmos problemas, a saber: “como é possível ordenar legitimamente relações interpessoais e coordenar entre si ações servindo-se de normas justificadas? Como é possível solucionar consensualmente conflitos de ação na base de regras e princípios normativos reconhecidos intersubjetivamente?”. Contudo, partem elas de perspectivas distintas. Enquanto a moral representa apenas uma forma de saber cultural, o Direito adquire obrigatoriedade também ao nível institucional. Assim, não é razoável enxergar os direitos fundamentais positivados como simples cópias de normas morais, pois, embora eles possam ter o mesmo conteúdo destas, não possuem os mesmos meios para sua concretização⁶.

Nesse sentido, Habermas procura defender a tese de que a constituição da forma jurídica torna-se necessária a fim de compensar *deficits* da moral, visto que algumas normas de ação, para alcançar eficácia, carecem não só de juízos corretos e equitativos da moral, mas também, de forma complementar, da obrigatoriedade legitimamente imposta, com o poder de coação próprio do Direito. Mais especificamente, o Direito positivo torna-se necessário para “aliviar” as exigências *cognitivas*, *motivacionais* e *organizatórias* sob as quais se encontra a pessoa que julga e age moralmente (HABERMAS, 2003, p. 148-150).

Em primeiro lugar, Habermas explica que a moral racional configura apenas um procedimento para a avaliação parcial de questões controversas, não possuindo condições de elaborar um catálogo de deveres, nem ao menos uma série de normas hierarquizadas – ela exige somente que os sujeitos formem o seu próprio juízo. O caráter abstrato das normas de uma moral racional – válida universalmente, portanto – levanta problemas de fundamentação e, sobretudo, de aplicação, os quais sobrecarregam a capacidade do indivíduo, fazendo surgir, assim, uma *indeterminação cognitiva* (HABERMAS, 2003, p. 150-151). Esses problemas, não obstante, são absorvidos pela facticidade da normatização do Direito, uma vez que “O legislador político decide quais normas valem como Direito e os tribunais resolvem, de forma razoável e definitiva para todas as partes, a disputa sobre a aplicação de normas válidas, porém carentes de inter-

⁶ Sobre o caráter moral dos direitos humanos, cf. WEYNE (2009).

pretação” (HABERMAS, 2003, p. 151). Dessa maneira, o sistema jurídico, através da legislação parlamentar e da prática judicial institucionalizada, tira dos destinatários “o peso cognitivo da formação de um juízo moral próprio” (HABERMAS, 2003, p. 151).

Em segundo lugar, Habermas (2003, p. 151) expõe que a moral racional também sobrecarrega o indivíduo com expectativas em relação à sua força de vontade (motivação). Desse modo, o indivíduo “deve conseguir força para agir segundo intuições morais, inclusive contra seus próprios interesses e inclinações, a fim de harmonizar o dever e a obrigação. Enquanto autor [legislador moral], o ator [sujeito] deve concordar consigo mesmo, por ser destinatário de mandamentos” – fica evidente a ideia do princípio kantiano da autonomia da vontade. O indivíduo vê-se, aqui, diante de uma *incerteza motivacional* sobre o agir orientado por princípios morais conhecidos. Tal incerteza é absorvida pela facticidade da imposição do Direito:

Na medida em que não está ancorada suficientemente nos motivos e enfoques de seus destinatários, uma moral da razão depende de um Direito que impõe um agir conforme normas, deixando livres os motivos e enfoques. O Direito coercitivo cobre de tal modo as expectativas normativas com ameaças de sanção, que os destinatários podem limitar-se a considerações orientadas pelas consequências (HABERMAS, 2003, p. 151-152).

Em terceiro lugar, Habermas (2003, p. 152) nota que do caráter universalista da moral racional decorre uma obrigação perante certos deveres positivos, obrigação essa que, nas sociedades complexas, só consegue ser satisfeita a partir de esforços cooperativos ou de realizações organizacionais. Tal autor traz como exemplo o contraste gritante entre o dever inequívoco de impedir que o próximo anônimo morra de fome e o fato de que milhões de habitantes dos países desenvolvidos deixam perecer milhares de pessoas nas regiões pobres dos países de subdesenvolvidos. Segundo ele, problemas como este só podem ser enfrentados em um nível institucional (HABERMAS, 2003, p. 152). Comentando o mesmo assunto, Luiz Moreira (2004, p. 157) esclarece que: “Há um abismo entre a consciência da obrigação moral e os meios para tornar efetivas tais obrigações”. Essa exigência organizacional pode ser suprida pelo Direito, porque este é *naturalmente* reflexivo, possuindo normas secundárias que servem para a produção de normas primárias de orientação da conduta: “Ele [o Direito] pode determinar competências e fundar organizações, em síntese, um sistema de imputabilidade, que se refere não só às pessoas jurídicas naturais, mas também a sujeitos de direitos fictícios, tais como corporações e institutos” (HABERMAS, 2003, p. 153).

Constatando a necessidade do Direito positivo para a superação das dificuldades que sobrecarregam o sujeito que age apenas moralmente, Habermas

consegue sustentar a tese de que a moral complementa-se pelo Direito e vice-versa. Com isso, a moral pode irradiar-se para todos os campos da ação, através de um sistema de direitos, com o qual ela mantém um vínculo interno. Aliás, tal concepção desmistifica, na expressão de Habermas, a representação “platonizante” segundo a qual há uma relação de cópia entre o Direito e a moral, na medida em que esclarece os limites e as potencialidades desses saberes, demonstrando que ambos são autônomos e possuem estruturas e meios distintos para a efetivação das suas determinações.

4 O DISCURSO DE JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO E A TESE DA VINCULAÇÃO SEGUNDO NINO

Como o próprio Habermas (2003, p. 140-141) insiste em assinalar, “uma ordem jurídica só pode ser legítima quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade da validade jurídica, o direito adquire uma relação com a moral”. Pois bem, o que se quer agora é justamente demonstrar, com apoio no pensamento de Nino, por que toda e qualquer justificação jurídica depende do recurso à moral.

De acordo com Nino (1990, p. 317), a dependência do discurso jurídico em relação ao discurso moral pode ser provada, e pode sê-lo de uma maneira quase formal. Diante das enormes consequências dessa prova para a sua concepção acerca do Direito, ele a denomina como *o teorema fundamental da teoria geral do direito*.

Duas explicações prévias são necessárias para a compreensão desse teorema. Em primeiro lugar, entende-se por uma *proposição justificatória* de uma ação ou decisão “aquela cuja formulação implica certa inconsistência prática com a não realização da ação ou com a adoção da decisão oposta” (NINO, 1990, p. 317). Em segundo lugar, há diversos conceitos de *norma jurídica*, que podem fazer referência:

por um lado, [1] a uma prática social – ou seja, a uma certa regularidade de ações e atitudes –, [2] a um certo ato linguístico que se executa com a intenção de influir no comportamento dos outros – como quando identificamos as normas jurídicas com prescrições –, [3] a um certo texto – como quando falamos de interpretar uma norma –, e também às proposições que descrevem estes fenômenos ou entidades, ou, por outro lado, [4] a um juízo normativo, ou seja, a uma proposição que qualifica deonticamente uma certa ação (NINO, 1990, p. 317).

Cabe agora averiguar, com Nino, um dos casos mais típicos e claros de raciocínio jurídico justificatório, qual seja, o raciocínio que um juiz utiliza

para fundamentar uma certa decisão ou uma certa prescrição⁷. Suponha-se, por exemplo, que a justificação imediata de uma ordem de despejo ditada por um juiz seja o juízo *a demandada Maria deve ser despejada do imóvel locado*. Como o autor explica, tal juízo “constitui uma proposição justificatória no sentido de que seria uma inconsistência prática se o juiz formulasse esse juízo e se negasse a ditar a ordem de despejo de Maria ou se apoiasse a ordem de despejo de Maria na negação desse juízo” (NINO, 1990, p. 317). Diante disso, uma primeira questão que surge é a seguinte: o que pode servir de fundamento desse último juízo que constitui uma proposição justificatória?

Nino (1990, p. 317) responde que o juiz oferecerá como fundamento a conjunção de dois tipos de juízos: “um juízo de fato do tipo *Maria não pagou dois meses de aluguel* e uma norma jurídica como *o proprietário que não recebe dois meses de aluguel tem direito a recuperar o imóvel locado*”. Segundo Nino, o problema reside em como interpretar este último juízo, que se identifica com uma norma jurídica. Isso porque, dentre os conceitos de norma jurídica vistos anteriormente, os três primeiros conceitos não permitirão, por si só, fundamentar ou derivar a proposição justificatória da ação ou decisão, pois, como explica tal autor:

Pode-se descrever, com verdade, que há uma prática social de despejar quem não paga dois meses de aluguel devolvendo ao proprietário a posse do imóvel locado, ou o ato de alguém de formular uma prescrição dirigida a que se despeje quem não pague dois meses de aluguel, ou a existência de um texto que emprega essas palavras e formular, sem inconsistência prática alguma, o juízo justificatório de que *Maria – que não pagou dois meses de aluguel – não deve ser despejada* (NINO, 1990, p. 318).

Dessa forma, para que o juízo *o proprietário que não recebeu dois meses de aluguel tem direito a recuperar a posse do imóvel locado* possa fundamentar a proposição justificatória *Maria deve ser despejada*, ele só pode ser uma norma jurídica no quarto sentido visto acima, a saber: enquanto um *juízo normativo*, ou seja, uma proposição que qualifica uma conduta como proibida, como permitida ou como obrigatória (NINO, 1990, p. 318). Nino (1990, p. 318) acrescenta que a norma jurídica enquanto juízo normativo deve-se distinguir de uma *prescrição*, que “consiste no *ato* de formular um juízo normativo com a intenção de que essa formulação – em virtude de quem a faz ou das condições em que ela é feita – sirva como razão auxiliar⁸ para o agir de certa pessoa”.

⁷ Optei, nesta parte do texto, por ser fiel ao exemplo de raciocínio jurídico desenvolvido por Nino, a fim de evitar qualquer distanciamento do significado original do seu *teorema fundamental da teoria geral do direito*, valendo-me inclusive de traduções feitas livremente por mim do artigo desse autor. Cf. NINO (1990, p. 317 et seq.).

⁸ “[...] uma *razão completa* está constituída pelo conjunto de um raciocínio prático válido; uma *razão operativa* consiste na premissa de dever ser que em si mesma poderia constituir uma razão completa para alguma ação; uma *razão auxiliar* consiste em um juízo fático que indica um meio para satisfazer uma razão operativa” (NINO, 2006, p. 131).

Com essas considerações, já se pode aceitar a tese de que o fundamento de uma proposição justificatória em um típico raciocínio prático jurídico só pode ser uma norma jurídica enquanto um juízo normativo. Para Nino, é razoável, no entanto, perguntar como é possível saber se esse juízo normativo em que o juiz se baseia para fundamentar a sua decisão é, no final das contas, realmente uma norma jurídica.

Para responder essa questão, faz-se necessário revisitar a distinção entre Direito e moral. Nino (1990, 319) – concordando com Kelsen (ver tópico 3) – afirma que o que diferencia Direito e moral não é o conteúdo das suas normas, porque juízos de uma norma jurídica podem ser perfeitamente expressos e interpretados como um juízo moral, “por exemplo, quando [o juízo] é formulado por alguém que ignora o que dispõe a ordem jurídica, ou lhe é indiferente o que ela dispõe, ou sabe que a ordem jurídica nada dispõe a respeito – tem uma lacuna –, ou sabe que dispõe o oposto e sugere modificá-la”. Do mesmo modo, Nino (1990, p. 319) sustenta – discordando de Kelsen (ver tópico 3) – que não é tão seguro o critério de acordo com o qual o Direito, ao contrário da moral, determina como devido um ato coativo ou uma sanção, tendo em vista que, além de haver normas jurídicas desprovidas de sanção, existem claros juízos morais que qualificam como permitidos ou devidos atos coativos que têm caráter de penas, como, por exemplo, *os assassinos cruéis devem ser submetidos à pena de morte*⁹.

Nino esclarece que, se o conteúdo não é um traço distintivo dos juízos normativos jurídicos, então deverá sê-lo a sua origem. Conforme ele, por conseguinte, o que distingue as normas jurídicas das normas morais é o fato de aquelas serem aceitas, no raciocínio prático que justifica uma ação ou uma decisão, por terem sido formuladas por determinada autoridade legislativa ou convencional. Dessa forma,

[....] um juízo do tipo *o proprietário que não recebe do seu inquilino dois meses de aluguel tem direito a recuperar o seu imóvel locado* só pode ser considerado como uma norma jurídica quando for aceito no raciocínio prático de um juiz, por exemplo, em razão de ter sido previamente aceito um juízo do tipo *o legislador L prescreveu que o proprietário que não recebe dois meses de aluguel tem direito a recuperar o seu imóvel* (NINO, 1990, p. 319).

Assim, só porque se aceita o segundo juízo é que o primeiro é concebido como uma norma jurídica. Ocorre que um juízo do segundo tipo (prescrição) não possui nenhuma força justificatória, pois é compatível com qualquer

⁹ Não me parece que Nino consegue afastar o argumento de Kelsen a respeito da distinção (formal) entre Direito e moral, haja vista que este autor, antes de analisar a estrutura lógica dos juízos jurídicos e morais, preocupa-se muito mais em demonstrar que o Direito é uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção *socialmente organizado*, ao passo que a moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo.

ação ou decisão, independentemente de seu conteúdo. Dessa forma, Nino (1990, p. 320) infere que “é logicamente impossível que alguém aceite o primeiro tipo de juízo pela razão de aceitar o segundo tipo de juízo; se o fizesse, incorreria num óbvio *non sequitur*”, isto é, em um argumento falacioso no qual a conclusão não segue as premissas. Isso significa dizer que um juízo do segundo tipo (prescrição) só pode ser parte da razão pela qual se aceita um juízo do primeiro tipo. A razão operativa¹⁰ de uma norma jurídica tem de ser fornecida por um terceiro juízo do tipo *o legislador L deve ser obedecido ou tem autoridade ou direito para emitir prescrições*. Convém, todavia, questionar se esse terceiro juízo, que representa a razão operativa pela qual uma norma jurídica é aceita, é realmente uma norma jurídica.

Como já visto, o que distingue as normas jurídicas das normas morais, para Nino, é a sua origem – ou seja, a razão pela qual elas são aceitas. Conforme tal autor, porém, “essa razão não só deve incluir a descrição daquilo que é prescrito por uma autoridade ou por uma convenção, mas também um juízo normativo que lhes dá autoridade ou legitimidade” (NINO, 1990, p. 320). Logicamente, o processo de justificação de uma norma jurídica não pode seguir ao infinito, de modo que certamente haverá um ponto em que será necessário recorrer a um juízo normativo que não pode ser uma norma jurídica, uma vez que tal juízo não será aceito por ter sido formulado por uma autoridade, mas sim por seus próprios méritos. Como ressalta Nino (1990, p. 320), “um juízo que é aceito não por ter sido formulado por certa autoridade [heteronomia], mas pelos seus próprios méritos, é justamente o que se costuma identificar como um juízo moral – nisto consiste precisamente o traço de *autonomia* dos juízos morais enfatizado por Kant”. O significado da noção de “próprios méritos” dos juízos morais só é explorado por Nino (2007a, p. 110) na sua obra *Ética y Derechos Humanos*:

O discurso moral está direcionado a obter uma convergência em ações e atitudes, através de uma livre aceitação por parte dos indivíduos, de princípios para guiar suas ações e suas atitudes frente a ações de outros. Este é o traço de autonomia da moral, que foi insuperavelmente assinalado por Kant ao sustentar que o que dá valor moral à ação não é o medo ou a inclinação, mas sim o respeito voluntário à lei, que converte o agente em seu próprio legislador.

Nesse horizonte, o traço distintivo dos juízos morais é que somente eles podem constituir a justificação última (razão final) de uma conduta: “nenhuma razão de outra índole pode prevalecer sobre elas, e elas deslocam qualquer outra razão, quando são aplicáveis. Esta não é uma questão normativa nem motivacional, mas sim lógica [...]” (NINO, 2007a, p. 111).

¹⁰ Como foi visto anteriormente, a razão operativa consiste na premissa de dever ser que em si mesma poderia constituir uma razão completa para alguma ação.

Diante dessas considerações, conclui-se, com Nino, que as normas jurídicas que estabelecem direitos – como, por exemplo, *o proprietário tem direito a recuperar o imóvel locado de quem não pagou dois meses de aluguel* – só possuem um caráter justificatório de decisões ou ações quando constituem uma espécie de juízo moral, já que derivam de um juízo moral que legitima certa autoridade e de um juízo de fato que descreve a prescrição dessa autoridade. O citado autor diz mais: “Se concordamos que os direitos que estão estabelecidos por normas morais são direitos morais, daqui se segue que só os direitos morais permitem justificar ações ou decisões” (NINO, 1990, p. 321).

São basicamente esses os argumentos que Nino utiliza para demonstrar o *teorema fundamental da teoria geral do direito*, segundo o qual o discurso jurídico justificatório é um *caso especial do discurso moral*, ou seja, depende do discurso moral.

CONCLUSÃO

Embora Habermas aceite a tese da vinculação entre Direito e moral, ele nega que essa relação deva levar à subordinação do Direito à moral no sentido de uma hierarquia de normas, por considerar essa ideia como parte do mundo pré-moderno do Direito. Para ele, Direito e moral são saberes autônomos que se complementam, com estruturas e meios distintos para efetivar as tarefas comuns de ordenar legitimamente as ações interpessoais e de solucionar conflitos de ação na base de regras e princípios intersubjetivamente reconhecidos. Por outro lado, Nino demonstra que a relação de subordinação (dependência) do Direito em face da moral é inevitável quando o tema é a justificação daquele. Ele sustenta que o discurso de justificação do Direito não se pode dar com base em elementos exclusivamente jurídicos, visto que, no processo de justificação de uma ação ou de uma decisão, sempre haverá um momento em que se exigirá uma razão final (moral) que não pode ser, por questões lógicas, uma norma jurídica. Apesar das diferenças de entendimento sobre o tipo de vinculação existente entre Direito e moral, as propostas de Habermas e de Nino aproximam-se quando buscam demonstrar que qualquer ordem jurídica com pretensões de correção e de validade não pode jamais prescindir de certos princípios de moralidade ou de justiça racionalmente justificáveis. É nesse sentido que as contribuições desses autores contemporâneos representam uma superação do tradicional debate entre jusnaturalismo e positivismo jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Tradução de Aldo Vannuchi et al. São Paulo: Loyola, 2005, v. IV.

ARISTÓTELES. **Retórica**. Traducción de Alberto Bernabé. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

_____. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Locke e o direito natural**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.

MOREIRA, Luiz. **Fundamentação do direito em Habermas**. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

NINO, Carlos Santiago. Sobre los derechos morales. **Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho**, Alicante, n. 7, p. 311-325, 1990.

_____. **La validez del derecho**. Buenos Aires: Astrea, 2006.

_____. **Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007a.

_____. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2007b.

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

SCHUMAN, Samuel I. **Legal positivism: its scopes and limitations**. Detroit: Wayne State University Press, 1963.

WEYNE, Bruno Cunha. A concepção de direitos humanos como direitos morais. **Revista direitos fundamentais & democracia (UniBrasil)**, Curitiba, v. 6, n. 6, jul./dez. 2009.

LAW AND MORALITY ACCORDING TO HABERMAS AND NINO

Abstract: *The article aims to present the main theories regarding the relationship between Law and Morality, pointing out the contributions of the contemporary legal philosophy of Jürgen Habermas and Carlos Santiago Nino. In order to accomplish such task, the text is divided into two parts: the first examines the connection and the separation thesis between Law and Morality according to jusnaturalism and legal positivism respectively; the second part analyzes the proposals of Habermas and Nino on the relationship between Law and Morality, and explores how they can overcome the traditional debate.*

Keywords: *Law and morality. Jürgen Habermas. Carlos Santiago Nino.*

Data de recebimento: **nov/2010** – Data de aprovação: **jan/2011**

A DIGNIDADE HUMANA COMO FUNDAMENTO PROTETOR DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE DO EMPREGADO EM FACE AO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Ana Carolina da Costa Magalhães

Mestranda em Direito Constitucional (Unifor). Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Trabalho orientado pela profa. dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu (Unifor).

ana_carolmagalhaes@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1. Os direitos da personalidade e as relações privadas. 2. A proteção dos direitos da personalidade do trabalhador. 3. O direito à intimidade versus o poder diretivo do empregador. 4. Os direitos fundamentais do trabalhador. Conclusão. Referências.

Resumo: O tema em destaque neste artigo refere-se à ponderação de direitos fundamentais presentes na relação trabalhista. A análise inicia-se pelos direitos de personalidade e a influência produzida por estes no desenvolvimento das relações privadas. O enfoque sobre os direitos da personalidade do trabalhador é considerado sob o prisma do princípio da dignidade humana como elemento instituidor dos preceitos dos direitos fundamentais, o qual deve ser respeitado mesmo em virtude da previsão do poder diretivo do empregador decorrente do direito de propriedade constitucionalmente positivado. Em face da previsão de dispositivos aparentemente contraditórios, mister se faz o exame da colisão de direitos fundamentais e a solução da ponderação de interesses utilizada pelo intérprete jurídico.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Relações Trabalhistas. Direitos Fundamentais. Ponderação de interesses.

INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo, em termos gerais, reveste-se na análise do conflito de direitos existente na relação laboral sob a perspectiva dos direitos da

personalidade do trabalhador. A análise se fundamenta no princípio da dignidade humana como precursor da instituição de todos os direitos fundamentais nos quais se incluem os direitos dos trabalhadores e os direitos da personalidade.

O estudo será procedido inicialmente com a análise dos direitos de personalidade e seu enfoque constitucional. A introdução do direito privado nos mandamentos da Carta Maior revolucionou os ordenamentos jurídicos tendo em vista o abandono de preceitos estritamente patrimoniais para abarcar disposições nitidamente de caráter pessoal, considerando o homem em si, em seu estado extrapatrimonial. E ainda, analisam-se os efeitos reflexos das disposições fundamentais às relações privadas.

Em seguida, o exame direciona-se à proteção dos direitos de personalidade do trabalhador. Não obstante a ausência de previsão específica na legislação trabalhista pode-se se considerar, no ordenamento jurídico brasileiro, a contemplação de incontestável proteção aos trabalhadores no que concerne aos seus direitos pessoais.

Em outro momento o exame refere-se ao embate entre o poder diretivo do empregador, decorrente do direito de propriedade e o direito de intimidade do empregado, segundo o qual, mesmo em razão do seu estado de subordinação na relação empregatícia o empregado o conserva protegido de abusos sob pena de reparação por danos a ele causados.

Por fim, em razão de se tratar da incidência de dois direitos fundamentais previstos na norma de maior hierarquia do ordenamento jurídico, será abordado o tema da colisão de direitos fundamentais, e a técnica da ponderação como instrumento de resolução do conflito por meio da avaliação dos interesses e bens jurídicos tutelados.

1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AS RELAÇÕES PRIVADAS

O Estado Social é caracterizado pelo contínuo esforço de associar o capitalismo às necessidades do bem comum, contudo tal objetivo só será alcançado a partir da regulamentação da economia e do mercado. Por meio do desempenho do Estado na garantia do desenvolvimento econômico, asseguram-se a inclusão social e, por consequência, a afirmação dos direitos de personalidade.

O desenvolvimento social baseia-se na efetivação dos direitos individuais e coletivos. É condição essencial para a formação de uma sociedade e de um regime democrático a existência de cidadãos emancipados por meio da educação e do trabalho para que, da mesma forma como se foi exigida a positivação dos direitos de proteção ao homem, se exija também a sua devida efetivação.

Após a segunda Guerra Mundial foi renovada a concepção de direitos humanos no plano internacional e os direitos de personalidade foram exaltados a partir dos movimentos que universalizaram a valorização humana.

Os Direitos Humanos expressam uma evidente preocupação ao afirmar a centralidade da dignidade humana perante outros valores acolhidos pelo direito no decorrer da história. Daniel Sarmiento (2008, p. 97) reitera que “os direitos da personalidade passaram a ser reconhecidos em diversas ordens jurídicas, sendo concebidos como projeções, na esfera privada, dos direitos humanos”.

O período pós-guerra significou a vontade de reconstruir direitos e valores negligenciados durante a guerra. O sentimento interior das nações espalhou-se pelo mundo num só objetivo de ressaltar a importância da proteção à dignidade humana. Dessa forma, “é como se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos.” (Piovesan e Vieira, 2009, p. 340)

As Constituições modernas, elaboradas no período pós 1945, possuem um aspecto relevante constituído na interdisciplinaridade das matérias inseridas em seus corpos, tal fato alterou significativamente o perfil desses ordenamentos jurídicos, sobretudo dos ocidentais. Dentre as matérias que passaram a ser versadas, constata-se como paradigma a incorporação dos fundamentos do direito privado de caráter não patrimonial.

Essa incorporação ocorreu em razão do período ora vivenciado, que após tormentosos atentados contra o homem, começa a ser analisado em si mesmo como o centro das relações juridicamente protegidas em oposição à ideia de homem concebida no Estado Liberal, que considerava apenas seu aspecto patrimonial.

Nas palavras de Cláudio Ari Mello (2003, p. 69): “o centro de gravidade dos direitos subjetivos estava na proteção da propriedade, com os códigos limitando-se a regular atividade econômica do homem-proprietário”.

A legislação civil direcionava-se unicamente à regulamentação das relações que gerassem impacto patrimonial e quaisquer outras matérias alheias à esfera do patrimônio restavam desprotegidas. Entre outras, a conquista mais significativa da proteção do homem em seu caráter extrapatrimonial foi a consolidação do instituto do dano moral e a previsão de sanção civil nos casos de violação aos direitos da personalidade ocorrida nas últimas décadas no século XX que introduziram a ideia de conteúdo moral aos direitos da personalidade (Mello, 2003, p. 77).

No Brasil, somente após a promulgação da Constituição de 1988 os civilistas passaram a considerar com respeito o instituto do dano moral que veio expressamente previsto na Carta em seu artigo 5º, incisos V e X. É então, somente após a positivação constitucional que se difunde a ideia de reparação de dano causado à esfera moral do indivíduo, ou seja, danos aos direitos da personalidade.

Para Mello (2003, p. 78) a inserção dos direitos da personalidade na Constituição alcançou diversos aspectos além dos restritivamente previstos:

E para além dos direitos fundamentais de personalidade, expressamente previstos no texto constitucional, é não apenas possível, como juridicamente necessário, fundamentar diversos outros direitos de personalidade no próprio sistema normativo constitucional, nos princípios e regime adotados pela lei fundamental acerca dos direitos fundamentais, consoante permite a cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais do § 2º do artigo 5º. Dentre eles, merecem destaque o direito à identidade biológica, que permite, por exemplo, alavancar o direito ao reconhecimento da paternidade à escala constitucional, e o próprio direito ao nome, historicamente atribuído ao direito civil. Isso porque, um como outro concernem a fatores essenciais à própria dignidade humana que não apenas é fundamento da República, como é também valor-fonte básico do próprio sistema constitucional de direitos fundamentais.

Os direitos da personalidade foram instituídos com o objetivo de defender os valores existenciais do homem. Tradicionalmente são classificados de acordo com o objeto específico sobre o qual recai a proteção e assim, dividem-se em: defesa da integridade física, que compreende o direito à vida, à higidez corpórea etc.; integridade intelectual que abrange o direito à liberdade de pensamento, autoria artística e científica e invenção; por fim, a integridade moral, na qual se incluem a intimidade, a vida privada, a boa fama, o nome etc. (Barros, 2009, p. 25)

A Constituição da República de 1988, movida pelo clamor de humanização presente nos documentos internacionais, concebeu a valorização da pessoa humana protegendo os direitos da personalidade como a vida, a integridade, a intimidade, a liberdade, por meio do poder-dever do Estado em reprimir as lesões ou ameaças de lesões, a par da garantia dos direitos sociais que também contemplam a valorização do homem. (Alkimin, 2008 p.53)

A atenção dispensada pelo constituinte aos direitos da personalidade, uma vez que tais direitos estão todos, de forma explícita ou implícita, tutelados por normas constitucionais de direitos fundamentais, mostra-se no sentido de ampliação do reconhecimento dos direitos privados como explica Carlos Alberto Bittar (2008, p. 60)

As mudanças ocorridas no cenário político favoreceram a expansão dos movimentos de defesa dos direitos fundamentais do homem, surgindo daí, em vários setores, diferentes posicionamentos pela extensão desse campo, com a enunciação, por expresse, de inúmeros outros direitos e com a instituição de mecanismos destinados a fazê-los prosperar frente ao Estado.

Compartilha de posicionamento semelhante Cláudio Ari Mello (2003, p. 89) ao sustentar que:

[...] o sistema de proteção jurídica dos direitos da personalidade funda-se sobre duas cláusulas gerais, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, do artigo 1º, III, da Constituição Federal e o artigo 12 do Código Civil de 2002, a primeira funcionando como a fonte normativa material da tutela jurídica da personalidade, e a seguinte, como cláusula de abertura formal do sistema. Essa circunstância determina ao sistema de tutela jurídica da personalidade uma permanente articulação entre o direito constitucional e o direito privado [...]

No Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais ocupam uma posição núcleo dentro do ordenamento jurídico e vinculam diretamente, além do poder público, as entidades privadas, sendo então, considerados parâmetros reguladores das relações jurídicas, incluindo-se as relações de natureza trabalhista. Todavia, a princípio, os direitos fundamentais foram instituídos como instrumentos de defesa contra o Estado e, portanto, as violações por parte de outros indivíduos não eram objeto de inquietude da *teoria jusfundamental* (Mello, 2003, p. 79).

Por um longo período os direitos fundamentais estiveram à margem das afrontas advindas das relações entre particulares e a abordagem do tema restou relegada tanto na doutrina quanto nos tribunais. Segundo José Antônio Peres Gediel (2006, p. 157)

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, por sua vez, também é exigência do projeto político e da normatividade constitucional assumidos pela sociedade brasileira em 1988. Essa vinculação se manifesta, de modo especial, nas relações contratuais de trabalho para exigir dos cidadãos comportamentos que, concomitantemente, sejam a expressão de sua liberdade econômica e de respeito aos seus concidadãos [...]

É importante notar, dessa forma, que o mesmo fundamento instituidor da proteção em face do Estado é utilizado em face do particular. É com o objetivo de resguardar o indivíduo de abusos provenientes de atos de outros particulares, certamente mais poderosos, que se funda a vinculação das relações privadas aos direitos fundamentais, ou seja, tendo sempre como foco o conteúdo protetivo fundado no valor da dignidade humana.

Considerando os ensinamentos de Daniel Sarmento (2008, p. 102) infere-se que: “[...] é certo que tutela da personalidade humana deve ser dotada de elasticidade, incidindo sobre todas as situações em que apareça alguma ameaça à sua dignidade, tipificada ou não pelo legislador”. A interpretação dos direitos fundamentais deve necessariamente ser aplicada de forma ampliativa, abrangendo em sua esfera de incidência as relações sociais, sejam elas públicas ou privadas.

2 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR

Os direitos de personalidade têm sua formação histórica, enquanto instrumentos jurídicos de proteção de aspectos da subjetividade humana, na categoria de direitos fundamentais individuais, que originalmente eram direitos atribuídos a indivíduos contra o Estado, destinados a preservá-los do uso arbitrário e abusivo do poder público. Seu espaço existencial era o direito público, não o direito privado. (Mello, 2003, p. 74)

Os direitos de personalidade, embora não previstos expressamente na legislação trabalhista, são oponíveis contra o empregador por estarem assegurados pela Constituição da República e inseridos especialmente no rol de direitos fundamentais, uma vez que ambos são inerentes ao caráter intrínseco de seu titular, o ser humano. Conforme José Antônio Gediél (2006, p. 153):

o trabalho concebido como uma projeção indissociável da personalidade do trabalhador se identifica com as condições existenciais necessárias ao desenvolvimento físico, psíquico e social do sujeito e pode assumir significado próprio para a doutrina dos direitos da personalidade.

Não obstante a inexistência de positivação específica no ordenamento trabalhista, Maria Aparecida Alkimin (2008, p. 53) destaca as previsões encontradas na Constituição da República, como norma hierarquicamente superior, e no Código Civil, como fonte subsidiária em conformidade com a previsão do parágrafo único do art. 8º. da CLT.

A relação trabalhista tem como característica mais relevante a subordinação que estabelece um vínculo de poder do empregador e submissão do empregado pelo qual o trabalhador transfere sua força de trabalho aos poderes de direção, comando e chefia do empregador. Há, por conseguinte, a obrigação do Estado-legislador em proteger o empregado de abusos por parte do empregador quando este, se valendo de sua posição de superioridade, cometer atos arbitrários.

Nesse contexto Maria Aparecida Alkimin (2008, p. 77) expõe as variadas hipóteses de abuso contra a personalidade do trabalhador:

Sem dúvida, a relação de trabalho, de natureza eminentemente pessoal, revela-se campo fértil para agressões aos direitos da personalidade do emprego, inclusive, devido às novas exigências do mercado produtivo e de trabalho, com a implantação da tecnologia de ponta e substituição do trabalho humano por máquinas, a empregabilidade tornou-se escassa, e, em busca da lucratividade e até mesmo por abuso do poder econômico, praticam-se formas degradantes de trabalho, como é o caso do assédio moral e sexual, trabalho escravo ou forçado, discriminações variadas, intromissão na vida pessoal do empregado, inclusive em função dos novos recursos tecnológicos de fiscalização.

Corroborar do mesmo entendimento Aldacy Rachid Coutinho (2006, p. 182) ao asseverar que:

Toda a realidade está dominada pelo contrato que se traduz na tomada do corpo e do intelecto da pessoa humana, colocados à disposição dos interesses do capital. Mas as condições da entrega da força de trabalho não refletem tão somente questões de natureza eminentemente patrimonial, senão também situações jurídicas pessoais traduzidas em direitos. Assim, por exemplo, o trabalho em local insalubre não é juridicamente relevante só enquanto um adicional legal de 40%, 20% ou 10% sobre o salário-mínimo, mas especialmente como um possível e eventual dano à saúde – direito fundamental – ou a revista não é só uma questão de poder ou sua limitação, mas a expressão da inviolabilidade do direito à vida privada e à intimidade – direito fundamental.

As relações trabalhistas, apesar de serem consideradas em seu aspecto econômico, são relações de caráter eminentemente pessoal, tanto é assim, que para sua configuração válida exige-se o requisito da pessoalidade. Não obstante a caracterização econômica própria do vínculo laboral mostra-se necessário passar a analisá-lo sob a ótica dos direitos da personalidade. Nesse contexto, Arion Romita (2007, p. 2001) confere aos direitos fundamentais função relevante em favor da proteção dos trabalhadores

[...] na execução do contrato de trabalho, o empregado reúne a dupla qualidade de titular de direitos fundamentais que lhe assistem como cidadão e de titular de direitos fundamentais aplicáveis estritamente no âmbito da relação de emprego. Ao inserir sua atividade laborativa na organização empresarial, o trabalhador adquire direitos decorrentes dessa nova posição jurídica, sem perder, contudo, aqueles de que era titular anteriormente. Em suas relações com o empregador, o trabalhador tem direitos que lhe assistem como pessoa.

O exercício dos direitos fundamentais dos trabalhadores na empresa pode ser objeto de limitações específicas em atenção ao correspondente cumprimento das obrigações que o empregado assume por força do contrato, desde que exercidos sem embargo aos direitos pessoais do trabalhador.

A Constituição da República garante ao empregador o direito de propriedade, o que faz com que no ambiente de trabalho os direitos de personalidade do trabalhador sofram restrições, as quais, entretanto, não poderão ofender a dignidade humana. Nas palavras de Daniel Sarmiento (2008, p. 89) “o princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas.”

Se de um lado o poder diretivo do empregador interfere no âmbito privado do empregado, de outro, a proteção do mesmo não resta prejudicada, tendo em vista que a obediência devida aos direitos fundamentais da personalidade, por sua vez, interfere no exercício de propriedade do empregador. Conforme José Antônio Gediél (2006, p.162)

[...] os direitos fundamentais interferem na autonomia privada e tornam ofensivas à dignidade e lesivas aos direitos de personalidade do trabalhador todas as exigências contratualizadas ou pré-contratuais, que extrapolem a exata finalidade e os limites da operação econômica e venham a atingir o núcleo da pessoa [...]

No mesmo sentido são os ensinamentos de Cláudio Ari Mello (2003, p. 92) segundo o qual:

[...] os direitos de personalidade têm eficácia absoluta, no sentido de que impõem *erga omnes* independentemente da preexistência de uma relação jurídica base entre o titular do direito e os deveres da conduta objeto do direito subjetivo, mas não são absolutos no sentido de que se impõem ilimitadamente aos obrigados pelo direito. Sua oponibilidade é, nesse aspecto, sempre condicionada pelos seus limites imanes e limites externos, estes impostos ponderadamente por outros direitos ou princípios que com eles conflitam em circunstâncias concretas.

Dessa forma, em uma relação trabalhista, o exercício dos direitos de personalidade do trabalhador limita-se em respeito ao poder diretivo do empregador, reflexo do direito de propriedade, sendo por outro lado, a recíproca verdadeira, uma vez que o empregador encontra óbice no exercício de seu poder diretivo toda vez que estiver diante de direitos fundamentais do empregado.

Não obstante os valores emanados da autonomia privada constata-se a inclusão de *valores solidarísticos* no Direito Privado (Sarmiento, 2008, p. 93) refletindo nesse contexto o cuidado da ordem jurídica em equacionar aqueles valores com aspirações sociais de proteção em oposição à evidente desigualdade nas relações privadas, em especial as relações trabalhistas.

3 O DIREITO À INTIMIDADE VERSUS O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

O poder diretivo do empregador deve ser analisado no âmbito do direito constitucional de propriedade sem desconsiderar os limites da sua função social. Se em determinado momento a Lei Maior previu a garantia da propriedade, em outro, como não poderia deixar de ser, estabeleceu parâmetros para o seu emprego e desenvolvimento adequado.

Nesse sentido é a imposição de que o direito de propriedade seja exercido segundo sua função social, o que significa dizer que a propriedade não é um instrumento que atinja apenas interesses individuais e privados, e sim, produz reflexos muito mais abrangentes alcançando terceiros, como por exemplo, os trabalhadores. Nas palavras de Adriana Calvo (2009, p. 65-66)

A expressão “função social da propriedade” é um conceito que implica num caráter coletivo, não apenas individual. Significa dizer que a propriedade não é um direito que se exerce apenas pelo dono de alguma coisa, mas também que esse dono exerce em relação a terceiros.

A propriedade, além de direito da pessoa, é também um encargo contra essa, que fica constitucionalmente obrigada a retribuir, de alguma forma, ao grupo social, um benefício pela manutenção e uso da propriedade. Nesse sentido, deve-se entender também a propriedade da empresa e o poder de direção do empregador.

Além do disposto no art. 2º da CLT, em observância aos princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre-concorrência previstos nos artigos 1º, IV e 170, IV da Constituição de 1988, detém o empregador os poderes de dirigir, regular, fiscalizar e disciplinar a prestação de serviços dos seus empregados.

Nesse contexto, e tendo em vista a própria proteção constitucional à propriedade (art. 5º, XXII, CF/88), possui o empregador a liberdade de contratar e dispensar empregados, desde que a dispensa seja realizada por meio de critérios objetivos e com respeito à personalidade humana.

Em síntese, o poder diretivo do empregador reside na prerrogativa do contratante em estabelecer e definir o modo, tempo e local de prestação do serviço incluindo-se a liberdade para rescindir unilateralmente o contrato. Entretanto, é de relevante destaque que, assim como os direitos de personalidade do trabalhador, o poder diretivo não é absoluto, encontrando limites nos direitos fundamentais e no princípio da dignidade humana. Segundo Juliana Barros (2009, p.102)

O poder diretivo do empregador, oriundo do contrato de trabalho celebrado com o empregado, está previsto no art. 2º da CLT, que o concebe como o direito de dirigir a prestação de serviços dos empregados, inclusive através da regulamentação da utilização dos recursos da empresa no ambiente de trabalho e da fiscalização e controle dos trabalhadores no exercício laboral.

Assevera Carlos Zangrando (2008, p. 139/140) que: “O conceito que melhor define a propriedade com características de *função social*, é aquele que admite que a propriedade vai deixando de ser considerada um *dominium*, mas também não deixa de possuir natureza de *patrimônio privado de seu titular*.”

Para Aldacy Rachid Coutinho (2006, p. 171), não obstante as doutrinas acerca do caráter protetor do direito do trabalho, a nítida desigualdade entre as partes de uma relação trabalhista - empregado e empregador – se dá, fundamentalmente, em razão do poder diretivo deste último, nas palavras do autor:

Trata-se de uma garantia do cidadão-trabalhador diante do poder diretivo do empregador – poder de comandar, normativo, de fiscalizar, punitivo; um poder quase absoluto que o caracteriza na contratualidade, agasalhado juridicamente e não legislado, de forma a permanecer intocável.

Portanto, as ingerências exercidas pelo empregador na vida íntima do empregado, como a submissão a revistas íntimas, estabelecimento de tempo máximo para uso de banheiro, controle de mensagens eletrônicas, agressões psicológicas a fim de maior produtividade, entre outras arbitrariedades, configuram abuso do poder diretivo e, conseqüentemente, afrontam à personalidade e à dignidade do trabalhador.

Para Maria Aparecida Alkimin (2008, p. 52), em virtude do princípio da dignidade humana o poder diretivo jamais poderá ser exercido de forma ofensiva ao trabalhador encontrando obstáculo no referido princípio

Partindo-se da premissa maior, de que todo cidadão possui dignidade humana e da menor, de que todo trabalhador – subordinado ou não – como pessoa tem dignidade humana, devemos concluir que os direitos da personalidade têm significado mais relevante nas relações e trabalho do que até mesmo nas relações civilistas, posto que, tratando-se de relação pessoal, como é a relação de trabalho, deve ser toda pautada na preservação, respeito e garantia da dignidade do trabalhador e, certamente, isso somente ocorrerá se forem respeitados os direitos fundamentais dos trabalhadores, dentre eles os direitos da personalidade, direitos indissociáveis da pessoa do trabalhador.

É dever da empresa resguardar a idoneidade física e moral de seus empregados no ambiente de trabalho - previsão expressa na Consolidação das Leis Trabalhistas no art. 483, “e” e “f” - contudo, não é o que constantemente se observa na efetivação das relações de emprego. Nesse sentido ensina José Antônio Gediel (2006, p. 161) “a observância dos direitos fundamentais nos contratos de trabalho se torna dificultada pela condição fática de desvantagem econômica do trabalhador, subjacente à relação jurídica [...]”. A sujeição a qual se submete o trabalhador reveste-se de aspectos sociais, econômicos e individuais.

Ao implementar o contrato de trabalho, o empregado transfere sua força produtiva ao empregador restando prejudicada, em partes, sua liberdade tendo em vista o estado de subordinação no qual se encontra. Entretanto, essa

limitação causada ao exercício de suas faculdades deve restringir-se exclusivamente à produção de sua atividade laboral. Conforme Maria Aparecida Alkimim (2008, p. 85-86)

Considerando a premissa que a intimidade ou a vida privada é um direito de personalidade de todo cidadão, e a premissa que todo trabalhador é um cidadão, concluímos que a proteção à intimidade do empregado é componente da relação contratual trabalhista, exigindo uma conduta negativa (dever de abstenção) do empregador e de seus subordinados para se evitar lesão a esse bem pessoal, sendo vedado ao empregador acesso ou divulgação de aspectos íntimos do empregado.

Um dos motivos para não atendimento aos direitos fundamentais do trabalhador surge exatamente como consequência da relação de produção, que vem a cada dia gerando maiores dificuldades de acesso ao mercado de trabalho e aumentando a gama de profissionais excluídos e assim provocando uma situação de constante desemprego da qual os empregadores se valem para cometer abusos na execução dos contratos de trabalho em razão da frágil posição ocupada pelo empregado.

Em oposição às atitudes ilegítimas de determinados empregadores ressalta-se a obrigação legal do empregador em respeitar a vida privada do trabalhador, bem como os direitos da personalidade como um todo. No âmbito contratual, os princípios de confiança recíproca e de execução de boa-fé do contrato de trabalho impõem-lhe este dever tendo em vista o caráter eminentemente pessoal da relação jurídica laboral. Com efeito, expõe Arion Romita (2007, p.204-205) que:

[...] o envolvimento pessoal do trabalhador no cumprimento das obrigações por força do contrato de trabalho não representa um episódio passageiro no desenvolvimento de sua vida cotidiana. O trabalhador compromete sua própria pessoa no cumprimento das obrigações contratuais. Em consequência, a implicação da pessoa do trabalhador na execução do contrato afeta não só seus interesses profissionais (satisfação no trabalho, remuneração, carreira etc.), mas também seus interesses pessoais (saúde, intimidade, integridade física, tempo livre etc.).

Tendo em vista o caráter privado das relações de trabalho e a complexidade que as envolve, prossegue Romita (2007, p.207) enfatizando a dificuldade de se avaliar o contexto no qual se insere o embate entre direitos e deveres de empregado e empregador

Tarefa sem dúvida difícil é a de estabelecer em caráter geral as hipóteses nas quais se pode exigir que o empresário sacrifique seu interesse na seara do

exercício dos direitos fundamentais do trabalhador ou, pela outra via, que os trabalhadores devam, sem renunciar aos direitos inerentes à sua dignidade, restringi-los em atenção a seus compromissos contratuais. Tal como sucede quando se trata de aplicar *standard* jurídicos, o do exercício dos direitos fundamentais em função da boa-fé contratual **exige uma ponderação das circunstâncias concretas em cada caso.** (grifo nosso)

Portanto, observa-se que o mesmo conjunto de ordenamentos que resguarda o direito à privacidade, assegura, de outra via, o direito à propriedade elencando ambos no rol dos direitos fundamentais. Contudo, em face à colisão dos direitos em tela, o Poder Judiciário, no caso concreto, deve se valer de mecanismos interpretativos que não ofendam a sistemática constitucional.

4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR

Os direitos fundamentais devem ser harmonizados, uma vez que estão inseridos em um ordenamento jurídico plural cuja incidência de um determinado direito não conflite com a incidência de outros direitos protegidos pela Constituição. Não obstante o conteúdo específico de cada um dos direitos fundamentais, saliente-se que a razão de ser dos mesmos é resguardar os aspectos essenciais da dignidade humana.

Para Cláudio Ari Mello (2003, p. 91) “[...] os estudos sobre direitos fundamentais revelaram que não é possível sustentar um caráter absoluto para essa categoria de direitos. Eles necessariamente se conjugam e se limitam reciprocamente, e portanto, são sempre relativos [...]”. Dessa forma, a questão reside em descobrir em que medida a relatividade dos direitos fundamentais se aplica em determinada situação concreta.

Distintamente do que ocorre nas relações entre o indivíduo e o Estado, nas quais apenas o primeiro é o detentor dos direitos fundamentais, nas relações privadas ambas as partes são titulares, verificando-se uma colisão entre os direitos fundamentais. Sendo assim, a maneira como se solucionará o conflito diverge dos mecanismos utilizados para resolver discordância entre duas ou mais regras. Nas palavras de Minhoto (2007, p.66)

[...] um conflito entre disposições constitucionais não pode ser resolvido pela hierarquia, porque estamos falando de duas disposições contidas na norma de maior hierarquia do sistema; tampouco pode ser esclarecido pelo critério temporal, porque ambas encontram-se vigentes a um só tempo; e por fim, também não pode ser equacionado pelo critério da especialização porque integram referidas em conflito o mesmo conjunto normativo, o mesmo corpo de normas.

Portanto, vê-se que diversamente do procedimento dispensado às regras, a colisão entre os direitos fundamentais deve ser solucionada por meio de uma interpretação específica apresentada como ponderação de interesses. Segundo Robert Alexy (2008, p. 96) instituidor da referida teoria:

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

Consoante os ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva (2009, p. 50) na hipótese de colisão entre dois princípios utiliza-se a fixação de *relações condicionadas de precedência*, cuja ideia reflete as circunstâncias do caso concreto quando ora se terá a aplicação de determinado princípio e ora o mesmo princípio terá aplicação diversa ou a sua não aplicação. Contudo, a essência do princípio permanece inalterada.

De acordo com tal pensamento, é o debate em questão que se amolda ao princípio e não o contrário, como ocorre no caso de aplicação das regras. Desta feita, observa-se que é o que ocorre quando da aplicação dos direitos fundamentais. A existência de dois ou mais princípios que porventura colidam não prejudica a sistemática do ordenamento, ao revés, amplia as possibilidades de aplicação consoante as relações jurídicas se aperfeiçoam.

Na interpretação de direitos fundamentais, por meio da técnica da ponderação, exige-se o estabelecimento de *relações de preferência* (Alexy, 2008, p. 133) entre os mesmos, constituindo-se, portanto, em cada caso concreto, um teor jurídico próprio para aquela dada situação, não sendo necessariamente o mesmo teor a ser adotado em situação diversa.

No mesmo sentido expõe José Antonio Gediél (2006, p. 157) a respeito da aplicação do referido instituto no ordenamento jurídico brasileiro

[...] o projeto de sociedade e de direito preconizado pela Constituição de 1988 continua atravessado pelas contradições próprias da sociedade de mercado e pela especificidade da formação social brasileira, sendo um **espaço de conflito de valores**, interesses e direitos. Ao Estado brasileiro concebido, constitucionalmente, como Estado Democrático de Direito cabe o dever específico de intervir nas relações econômicas e nas relações laborais, para que não haja prejuízo das posições jurídicas de direitos fundamentais dos sujeitos envolvidos [...] (grifo nosso)

Portanto, a colisão entre direitos fundamentais resolve-se por um critério de condicionamento de precedentes, o que significa dizer que em cada caso concreto deve ser observado o grau de valoração atribuído a cada direito fundamental em discussão conforme a ponderação de bens, valores e interesses, considerando, sobretudo, a dignidade humana como princípio basilar do sistema fundamental de direitos.

Nesse sentido, o exemplo examinado no presente estudo – direito de personalidade do empregado e direito de propriedade do empregador – ilustra a colisão entre direitos fundamentais constitucionalmente garantidos que deve ser solucionada pelo intérprete conforme o caso concreto se apresente, sem, contudo, olvidar a sistemática consignada nos modelos contemporâneos de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

A assimilação da ideia da dignidade humana ao direito propõe justamente a tutela daqueles elementos valorativos do homem. O fato do empregado se encontrar subordinado ao poder diretivo do empregador não poderá justificar a ineficácia da tutela à intimidade e à privacidade do trabalhador em seu ambiente laboral. Assim, a proteção da dignidade do trabalhador, como condição ao desenvolvimento de sua personalidade subsiste independentemente das condições e do local sob os quais se encontre.

Desde o advento da Constituição da República de 1988 observa-se uma maior precaução com a prática de atos por parte do empregador que possam afrontar a dignidade do trabalhador. A inserção dos direitos trabalhistas entre os direitos fundamentais compreende a aplicação dos direitos fundamentais às relações trabalhistas.

O contrato de trabalho, por muito tempo, significou a manifestação unilateral de poder desprovida de qualquer conteúdo ético. Atualmente, atitudes patronais, antes insuscetíveis de questionamento, sofrem limites estabelecidos pela incidência dos direitos de personalidade dos trabalhadores e pela necessidade de preservar a sua dignidade. A proteção da intimidade e da vida privada do trabalhador passou a ser um compromisso peculiar do direito do trabalho consubstanciado nos preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

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

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Violência na relação de trabalho e a proteção à personalidade do trabalhador**. Curitiba: Juruá, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Proteção à intimidade do empregado**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS, Juliana Augusta Medeiros. A eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade na relação de emprego. **Revista Legislação do Trabalho: LTr**, São Paulo, v. 73, n. 01, p.97-103, jan. 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

CALVO, Adriana. O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no meio ambiente de trabalho. **Revista legislação do trabalho: LTr**, São Paulo, v. 73, n. 01, p.65-70, jan. 2009.

COUTINHO, Aldacy Rachid. A autonomia da vontade privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Os desafios contemporâneos da eficácia, da efetividade e dos conflitos no campo dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 15, n. 61, p. 49-74, out./dez. 2007.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de Direito do Trabalho**. Tomo I. São Paulo: LTr, 2008.

***HUMAN DIGNITY AS PROTECTIVE SUPPORT OF
WORKER'S PERSONALITY RIGHTS FACING DIRECTIVE
EMPLOYER'S POWER***

Abstract: *The theme highlighted in this article concerns the balance of fundamental rights in the labor relationship. The focus on the personality rights of the worker is considered in light of the principle of human dignity as a settlor of the precepts of fundamental rights which must be respected even in view of the prediction of the directive of the employer due to the positive constitutional law of property.*

Keywords: *Personality rights. Labor relationships. Fundamental rights.*

Data de recebimento: **nov/2010** – Data de aprovação: **jan/2011**

UMA ANÁLISE DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

Nathalie de Paula Carvalho

Mestra em Direito Constitucional (Unifor). Especialista em Direito e Processo Constitucional (Unifor). Especialista em Direito e Processo do Trabalho (UVA). Professora do curso de Direito da Unifor. Advogada. Trabalho orientado pelo prof. dr. Rosendo Amorim (Unifor). nathaliedireito@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1. A realidade do ensino jurídico no Brasil. 2. O procedimento adotado no ensino jurídico. 3. Como melhorar o ensino jurídico no Brasil? Conclusão. Referências.

É preciso, porém, que tenhamos na resistência que nos preserva vivos, na compreensão do futuro como problema e na vocação para o ser mais como expressão da natureza humana em processo de estar sendo, fundamentos para a nossa rebeldia e não para a nossa resignação em face das ofensas que nos destroem o ser. Não é na resignação, mas na rebeldia em face das injustiças que nos afirmamos ¹.

Resumo: Este artigo tem por escopo analisar a questão do ensino jurídico no Brasil, investigar os principais motivos da sua má qualidade e, ao final, apresentar algumas sugestões que visem aprimorá-lo e sanar os principais problemas. Parte-se de uma breve contextualização da situação dos docentes e discentes nos cursos de Direito, dando-se um maior enfoque à democratização do ensino, principalmente o jurídico, de modo a investigar as vantagens e desvantagens desse fenômeno. Conclui-se pela necessidade de um maior controle por parte dos órgãos e entidades responsáveis, de modo a orientar a classe de estudantes e professores a buscar um aprendizado cada vez mais contributivo para a sociedade, bem como a exigência de uma postura ética por parte dos envolvidos no processo ensino-aprendizagem.

Palavras-chave: Ensino jurídico. Democratização. Fiscalização. Ética.

INTRODUÇÃO

A situação atual do ensino jurídico, marcada pela má qualidade, é provocada, principalmente, pela massificação do ingresso nas universidades; pelo

¹ FREIRE, Paulo. **Pedagogia como autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 30. ed. São Paulo: Paz e terra, 1996, p. 78.

despreparo dos alunos provenientes de um ensino médio deficitário; pela desvalorização das respectivas profissões, o que enseja o direcionamento para o sistema universitário não por vocação, mas como caminho para uma participação qualificada no mercado de trabalho, dentre outros fatores que serão abordados adiante.

A maior preocupação do meio acadêmico contemporâneo é com a instituição de técnicas e perspectivas voltadas para a eficiência, o que vem imprimindo ao Direito uma visão técnico-legal, de modo a afastá-lo cada vez mais da realidade social, cultural e política que o cerca.

Constata-se uma enorme demanda de vagas nas universidades ou faculdades, a provocar a proliferação das instituições privadas² de ensino superior, a maioria sem padrões razoáveis de qualidade, mas que continuam funcionando sem qualquer óbice à obtenção de licença ou mesmo ao reconhecimento dos seus diplomas.

Esta pesquisa busca analisar as principais causas da má qualidade do ensino jurídico no Brasil e, ao final, pretende-se apresentar soluções que possam ser úteis para revigorar a atividade desempenhada nos bancos acadêmicos.

1 A REALIDADE DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

O professor é o profissional que ministra aulas, professa ideias, em cursos de todos os níveis educacionais: Educação infantil, Educação fundamental, Ensino médio e superior, além do Ensino profissionalizante e técnico. Em 15 de outubro se comemora o Dia do Professor. Trata-se de uma das profissões mais antigas do mundo³.

O ensino do Direito, se encarado como um sistema fechado em si mesmo, pode se tornar um conhecimento ultrapassado, em desconexão com o dinâmico substrato econômico, social e cultural com o qual convive: “pobre de conteúdo e pouco reflexivo, o ensino jurídico hoje se destaca por uma organização curricular meramente ‘geológica’.” (FARIA, 1995, p. 102).

O Direito é uma ciência social, porque seu objeto consiste em relações sociais normatizadas, e aplicada, posto que se ocupa em dar solução a problemas práticos dos seres humanos. (MONTEIRO, 2001, p.42). Veja-se o que afirma Getulino do Espírito Santo Maciel:

O ensino não se qualifica em si e por si mesmo, mas em relação a uma sociedade mais ampla com determinados valores, padrões de comportamento,

² Cf. AGUIAR, Roberto A. R. de. **Habilidades**: ensino jurídico e contemporaneidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p.183.

³ Sobre o histórico da profissão de professor: Cf. NÓVOA, Antônio. O passado e o presente dos professores. In: **Profissão professor**. 2. ed. Porto: Porto editora, 1998, p.15-21.

modelos de referências e expectativas. O conhecimento dessa realidade abrangente poderá fornecer parâmetros para a medição da qualidade que se deseja implementar. (MACIEL, 1995, p. 92).

O exercício das profissões jurídicas, principalmente a advocacia, encontra proteção e reconhecimento expressos no texto constitucional, o qual, no seu art. 133, identifica o advogado como “indispensável à administração da justiça”. Para Álvaro de Mello Filho (1977, p.13), a graduação em Direito visa a desenvolver o conhecimento básico da ciência jurídica paralelamente à formação profissional, com o instrumento teórico-prático.

Recomenda-se ainda atentar para o fato de que a base teórica do Direito está alicerçada no mundo do “dever-ser”, ou seja, uma seara construída mediante abstrações, com a finalidade precípua de regular a convivência entre os homens. Para Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1994, p. 21), estudar Direito “sem paixão é como sorver um vinho precioso apenas para saciar a sede. Mas estudá-lo sem interesse pelo domínio técnico de seus conceitos, seus princípios, é inebriar-se numa fantasia inconsequente”.

Faz-se necessária uma abordagem sobre a seleção das diretrizes curriculares para o ensino jurídico e os instrumentos de avaliação da qualidade dos cursos, tudo inserido no contexto dentro do qual o ensino é oferecido e trabalhado, pois “o preparo do corpo docente e a dedicação à carreira de professor universitário são aspectos que não podem e não devem subtrair-se ao nosso controle, sob o risco de omissão”. (LEITE, 1995, p. 18).

Fala-se hoje em uma democratização do ensino jurídico (ENCARNAÇÃO, 1995, p. 107), no sentido de que um diploma de Bacharel em Direito está ao alcance de um número cada vez maior de pessoas. Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2006, *online*) entende que o problema do grande número de estudantes tem de ser enfrentado por um controle maior da qualidade em termos de uma melhor fiscalização das faculdades/universidades, e não diminuindo o número de profissionais de Direito ou de estudantes, mas sim buscando fórmulas de adaptação às diferentes necessidades.

Para Luiz Flávio Gomes (2009, *on line*), o ensino jurídico no nosso país acha-se submetido a pelo menos três crises: científico-ideológica, político-institucional e metodológica, ao arrematar que:

O bom professor hoje (especialmente em cursos de graduação ou de extensão universitária) é o que parte da definição de um problema concreto, reúne tudo quanto existe sobre ele (doutrina, jurisprudência, estatísticas etc.) e transmite esses seus conhecimentos com habilidade (que requer muito treinamento), em linguagem clara, direta, objetiva e contextualizada, direcionando-a (adequadamente) a cada público ouvinte. Além de tudo isso, ainda é fundamental

administrar o controle emocional (leia-se: deve estar motivado para transmitir tudo que sabe a um aluno que deve ser motivado para aprender). (GOMES, 2009, *online*).

Deve-se ainda atentar para o fato de que a maioria dos professores dos cursos de Direito não são exclusivos do magistério, pois ocupam cargos públicos ou se dedicam à advocacia ostensiva. Essa é uma realidade que reflete no ensino jurídico, o qual se restringe a aulas monologas e baseadas nos relatos da experiência profissionais dos docentes, tornando parcial a transmissão dos conhecimentos⁴. Ao comentar sobre esse fenômeno do ensino jurídico, Álvaro de Mello Filho contabiliza esses dados, expondo sua visão crítica:

No início da década de 90, as estatísticas davam conta de que no Brasil havia 186 cursos de Direito no país, os quais mantinham a mesma estrutura curricular tradicional desde a reforma de 1973. O resultado dessa política era a existência de um ensino reprodutor, deformador e insatisfatório na preparação de bacharéis para um mercado profissional saturado. (MELLO FILHO, 1993, p. 09).

Tem-se um lado positivo, que é proporcionar o acesso ao ensino superior à grande parte da sociedade, mas também ostenta uma feição negativa que merece ser destacada.

Parte-se da premissa de que o aluno, via de regra, conclui o ensino médio com debilidade em sua capacidade reflexiva pela falta de leitura e sem o domínio da linguagem a ser utilizada no âmbito jurídico, o que provoca um desinteresse por este estudo específico. Por esta razão, os discentes não valorizam as leituras e acabam por desperdiçar a discussão.

A partir do terceiro e quarto semestres letivos, os alunos entram em um processo de desilusão, porque começam a perceber as inadequações do ensino em relação à vida profissional. A tarefa do professor, nessas situações, é incentivá-los a perceber que o curso de Direito exige leitura, estudo e reflexão, não havendo nada que possa substituir o papel a ser cumprido por essas atividades durante o processo de aprendizagem. Deve ainda demonstrar que o estudante está inserido em um sistema que precisa ser compreendido em sua globalidade:

A experiência docente nos cursos jurídicos tem mostrado um fenômeno assustador: o desvanecimento do vigor, do interesse, da curiosidade e da indignação dos alunos, na razão direta de seu avanço no curso. No início, seus olhos brilham, sua curiosidade é aguda, suas antenas estão ligadas para o que acontece no mundo, chegando a assumir posições políticas transformadoras. Aos poucos, na medida em que galgam outros patamares do curso, passam a se ensimesmar, a perder seu afã transformador, abandonando a informalidade criativa e adotando

⁴ Cf. MELLO FILHO, Álvaro. **Metodologia do ensino jurídico**. Fortaleza: UFC, 1977, p. 14 e 51.

uma indumentária padronizada, uma linguagem estandardizada, marcada por uma retórica ultrapassada, sendo seus sonhos abandonados e substituídos por desejos curtos de passar em concursos ou pertencer a exitosas bancas de advogados para ganhar dinheiro e conquistar a tão decantada segurança burguesa. Seus olhos já não têm mais brilho, sua criatividade desapareceu como habilidade de urdir soluções novas, pressupostos diferentes e teorias transformadoras. Em suma, aquele jovem que entrou na universidade transformou-se, em poucos anos, em um velho precoce. (AGUIAR, 2004, p. 186).

Um dos resultados mais impactantes desse desinteresse/desânimo são as reprovações nos Exames de Ordem e concursos públicos, de um modo geral. Para exemplificar esta constatação com dados oficiais, o Conselho Nacional de Educação⁵ (lei 9.131/95), que é um órgão colegiado integrante da estrutura de administração direta do MEC, firmou uma parceria entre o Ministério da Educação e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para acompanhar a qualidade dos cursos de Direito.

O MEC faz o cruzamento dos resultados preliminares do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), em especial do Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (ENADE) com os dos Exames de Ordem, com o objetivo de melhorar a qualidade do ensino jurídico no País. Em 2006, um total de 89 instituições de ensino superior foram apontadas pelo baixo desempenho na graduação em Direito e receberam notificação do Ministério da Educação.

2 O PROCEDIMENTO ADOTADO NO ENSINO JURÍDICO

O professor-jurista, ao elaborar ou professar teorias, limita-se à exegese do Direito posto, recusando-lhe a crítica e apresentando aos alunos um sistema pronto e acabado, supostamente harmônico, que possuiria todas as respostas jurídicas possíveis. Não orienta seus alunos a buscar o porquê daquelas determinações legais ministradas. Essas abstrações não só levam a um progressivo distanciamento da realidade, mas também a uma fórmula positivista reducionista. (FARIA, 1987, p.28).

Para Paulo Freire (1996, p.33), “educar é substantivamente formar”. O ensino jurídico é um processo educacional e, como tal, deve se pautar pela ética (FREIRE, 1996, p.32), pois está em jogo a formação intelectual dos envolvidos. Tércio Sampaio Ferras Jr. enfatiza que:

É preciso reconhecer que, nos dias atuais, quando se fala em Ciência do Direito, no sentido do estudo que se processa nas Faculdades de Direito, há uma tendência em identificá-la com um tipo de produção técnica, destinada apenas a atender às necessidades profissionais (o juiz, o advogado, o promotor)

⁵ Cf. Conselho Nacional de Educação: <<http://portal.mec.gov.br>>.

no desempenho imediato de suas funções. Na verdade, nos últimos cem anos, o jurista teórico, pela sua formação universitária, foi sendo conduzido a esse tipo de especialização fechada e formalista. (FERRAZ JR., 1994, p. 49).

A crise do Direito, portanto, está ligada diretamente à forma pela qual o conhecimento é repassado e assimilado. Por essa razão, os estudantes, já nos primeiros semestres do curso, se manifestam para que lhes seja propiciado acesso à «prática», encarando o estudo do Direito como um simples manusear de processos, assistir a audiências ou elaborar petições. É a ideia da “educação bancária”, concebida por Paulo Freire (1987) como o procedimento metodológico de ensino que privilegia o ato de repetição e memorização do conteúdo ensinado. Assim, o docente, figurativamente, por meio de aulas expositivas, deposita na cabeça do aluno conceitos a serem exigidos, posteriormente, na avaliação, quando então, aquele obtém o extrato daquilo que foi “depositado”.

Em alguns estabelecimentos de ensino superior existem os núcleos de prática jurídica⁶, com disciplinas obrigatórias vinculadas ao comparecimento dos alunos em estruturas destinadas à realização de atendimento jurídico à comunidade. A opinião de Sérgio Rodrigo Martinez (2009a, *on line*) merece explanação, principalmente pela ponderação aplicada à questão:

Quanto à proliferação dos cursos de Direito, penso que esta preocupação deve se voltar mais para as instituições de ensino que pedem a criação de novos cursos. Em relação aos cursos já existentes, estes devem se aprimorar cada vez mais a fim de ocuparem lugar de destaque no cenário jurídico e educacional brasileiro.

Embora tenha um aspecto social relevante, – o acesso gratuito da comunidade à prestação jurisdicional e o treinamento dos alunos em lidar com o público carente – reforça ainda mais o afastamento da teoria e a proximidade com a prática forense:

A estruturação pedagógica atrasada, as aulas ministradas em salas lotadas, a pouca exigência acadêmica condenam esses cursos ao papel de formadores de despachantes, que operam perifericamente com as normas, usando seu fraco bom-senso, já que não tratam os comandos normativos com um mínimo de rigor. Essa fragilidade dos cursos faz com que seus professores só trabalhem com textos, no máximo referidos às vivências pessoais dos docentes, tudo isso iluminado pelas poucas velas de doutrinas ultrapassadas e preconceitos camuflados. (AGUIAR, 2004, p.185).

⁶ Para Roberto A. R. de Aguiar (2004, p. 187), a abertura dos cursos de Direito para a comunidade e o diálogo com as práticas profissionais no desempenho desta atividade são simuladas e representam imitações mais pobres das aulas teóricas, referindo-se a processos idos, a problemas passados, envolvendo sujeitos desconhecidos.

Essa concepção se disseminou nas universidades, de modo a ignorar que o Direito é, antes de qualquer coisa, um fenômeno cultural. Essencialmente filosófico, antropológico e sociológico, o estudo jurídico não pode ser reduzido à característica de curso de “prática forense”. Nessa ótica, “o Direito fica no meio do caminho, como técnica esvaziada. Ignora o seu nascedouro na essência do seu ‘ser social’ e não desemboca na realidade prática da vida social”. (ENCARNACÃO, 1995, p. 114).

Para Paulo Freire (1996, p. 30), é importante o dever do professor em respeitar e saber aproveitar o conhecimento dos alunos, a carga informativa com a qual eles chegam aos bancos acadêmicos e discutir a razão de ser destes fatos.

Se não for assim, verificar-se-á um ciclo vicioso a indicar o caminho enviesado a seguir: uma postura dogmática e tradicional dos docentes e uma formação direcionada dos discentes em favor de um contexto excludente de mercado, díspar da realidade social. (MARTINEZ, 2009b, *on line*). Também ressalta que o papel do docente tem que despertar a curiosidade dos discentes como uma das “tarefas precípuas da prática educativo-progessista”. Nas suas palavras:

Por que não aproveitar a experiência que têm os alunos de viver em áreas da cidade descuidadas pelo poder público para discutir, por exemplo, a poluição dos riachos e dos córregos e os baixos níveis de bem-estar das populações, os lixões e os riscos que oferecem à saúde das gentes. Por que não há lixões no coração dos bairros ricos e mesmo puramente remediados dos centros urbanos? Esta pergunta é considerada em si demagógica e reveladora da má vontade de quem a faz. É pergunta de subversivos, dizem certos defensores da democracia. Por que não discutir com os alunos a realidade concreta a que se deva associar a disciplina cujo conteúdo se ensina, a realidade agressiva em que a violência é a constante e a convivência das pessoas é muito maior com a morte do que com a vida? Por que não estabelecer uma ‘intimidade’ entre os saberes curriculares fundamentais aos alunos e a experiência social que eles têm como indivíduos? (FREIRE, 1996, p. 30).

Aprender⁷ significa tomar conhecimento de algo, reter na memória a observação ou a experiência. O incentivo à pesquisa é um dos melhores métodos para se associar novas ideias ao conhecimento a ser adquirido pelo corpo discente. Em linguagem poética, Luiz Edson Fachin argumenta que:

No horizonte a vencer, o que se diz é tão relevante quanto como se diz. Daí, a perspectiva inadiável de revirar a práxis didática. Sair da clausura dos saberes postos à reprodução e ir além das restrições que o molde deforma. (FACHIN, 2000, p. 06).

⁷ Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro, 1999, p.171.

Isso é possível através da construção de grupos de trabalho (GT), grupos de discussão (GD) sob a supervisão e mediação do professor, de modo a promover a discussão, o debate e o entrosamento entre as turmas e os docentes acerca de determinado assunto ou tema ligado à disciplina ministrada. O contato dos professores com os seus aprendizes é fundamental para que se possa saber como os ensinamentos estão sendo transmitidos e recebidos, uma espécie de termômetro, além de incrementar o nível intelectual dos estudantes e a didática dos mestres.

3 COMO MELHORAR O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL?

O MEC, com o escopo de regular as diretrizes curriculares mínimas para os cursos de Direito no Brasil, editou a Portaria nº 1.886/94, a qual abriu caminhos para elaboração da lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96) e para a criação de um sistema de avaliação do ensino superior sob o encargo do Estado, cujos maiores instrumentos seriam o Exame Nacional de Cursos (Lei 9.131/95).

O intervencionismo estatal reforçou uma política de fiscalização e avaliação periódica das Instituições de Ensino Superior, o que gerou repercussões positivas no cenário educacional do Direito. Medidas como a exigência de apresentação da monografia final, o cumprimento de carga horária de atividades complementares e a obrigatoriedade de cumprimento do estágio de prática jurídica (os NPIs – Núcleos de Prática Jurídica), a exigência de que cada curso de Direito mantivesse um acervo jurídico de, no mínimo, dez mil volumes de obras jurídicas e referência às matérias do curso, além de periódicos de jurisprudência, doutrina e legislação, são alguns exemplos dessa nova postura.

Analisando a Portaria Nº 1886/94, Horácio Vanderlei Rodrigues (1995, p.122) afirma que os seus pressupostos são os seguintes: a superação da concepção de que só é profissional de Direito aquele que exerce atividade forense; a negação de autossuficiência ao Direito; a superação da concepção de educação como sala de aula; a necessidade de um profissional com formação integral (interdisciplinar, teórica, crítica, dogmática e prática).

Aponta-se neste breve estudo, sem a intenção de esgotar a matéria, algumas medidas que possam melhorar o ensino jurídico, atentando-se para as peculiaridades brasileiras. Primeiro, recomenda-se a instalação de fóruns permanentes de discussão e debate sobre o ensino jurídico, com a participação de representantes de diversos cursos de Direito e centros acadêmicos, de representantes do Ministério Público e de instituições de classe, de modo a relacionar as questões mais importantes que circundam o meio jurídico.

Outra medida que pode ser adotada com sucesso é a inovação nos métodos didáticos aplicados no ensino jurídico para que seja despertada a consciência crítica do aluno no tocante ao conhecimento transmitido pelo professor, a fim de que o discente adquira uma postura ativa, e não passiva, em sala de aula, participe dos debates mais significativamente e se sinta mais inserido na academia.

Ressalta-se ainda a necessidade de demonstrar ao estudante de Direito como provocar a conscientização de sua própria função social de operador jurídico, de modo que os alunos não devem somente vislumbrar os seus interesses, que almejam quando da conclusão do curso: o principal objetivo deve ser no sentido de melhorar a qualidade e a imagem da profissão jurídica, em todos os ramos. Isso demonstra a necessidade de uma postura pautada por novas propostas, que sejam capazes de modificar o modelo existente na atualidade.

Fala-se em uma abordagem desse viés na função social da universidade⁸, um conceito que direciona a atividade universitária – para docentes e discentes – no sentido de se orientar por meio de um planejamento decorrente da reflexão individual ou em grupo, na realização de reuniões periódicas para refletir, discutir, escrever e expor a questão interdisciplinar das matérias lecionadas, ou seja, ver a disciplina a partir de uma visão em perspectiva histórico-cultural. Desse modo, capacita-se o docente a transmitir os conhecimentos adquiridos e refletidos, focando o aluno nesse processo. Inovar no método didático é extremamente importante para se elevar o nível intelectual dos alunos.

Álvaro de Mello Filho (1977, p. 33-34) apresenta um quadro esquemático que bem define os passos que devem ser seguidos para uma melhoria significativa do ensino jurídico: habituar o discente ao raciocínio jurídico; a valorização da consciência e mentalidade; debater para saber pensar; o olhar para o aluno. Reputa como palavras mais e menos importantes para o aprendizado, respectivamente: o dialogar e o monologar.

Com uma mudança na mentalidade dos envolvidos no processo de ensino-aprendizagem, ou seja, se os professores agissem pautados pelo compromisso ético de transmitir o conhecimento respeitando a bagagem intelectual do aluno, certamente a qualidade do ensino, em especial o jurídico, seria bem superior. Na verdade, esta crise que se está a tratar em grande parte se relaciona com a própria vivência humana e atinge praticamente todas as áreas do conhecimento. Assim, não se pode focalizar a má qualidade do ensino jurídico sem enquadrá-lo na crise geral que afeta a sociedade.

⁸ Cf. RIGHETTI, Moacir Spadoto. **O ensino jurídico e a função social da universidade**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manuel/brasil>>. Acesso em: 19 maio 2009.

CONCLUSÃO

O ensino jurídico precisa ser repensado. Por ser um processo que provoca mudanças de mentalidade e reflexos sociais, econômicos e políticos, ressalta-se a importância desse processo vital para o desenvolvimento humano. Cada vez mais saem dos bancos acadêmicos profissionais do Direito sem as mínimas condições para o exercício das habilidades em relação às quais o curso propõe-se a capacitar.

Certamente que não se conseguirá superar os graves problemas que afetam a sociedade e, mesmo havendo uma profunda reformulação no sistema educacional, este sempre refletirá as relações que são mantidas na tessitura social. Ensinar o Direito não significa simplesmente reproduzir os dogmas, as teorias, a letra da lei. Ao contrário, a função principal do professor é problematizar a realidade que o cerca, bem como seus alunos, para, calcado nesta premissa, apontar caminhos para a construção de um Direito promotor de verdade e justiça.

Pretendeu-se destacar nesta breve pesquisa a necessidade de se permitir uma liberdade maior no processo de ensino-aprendizagem, de modo a incutir no aluno o interesse pela pesquisa e, conseqüentemente, a busca por suas próprias conclusões, sem estar limitado pelas amarras de uma sistemática de via única, em que só o professor é o detentor do conhecimento. Não deve ser assim, pois a ideia é ensinar para a vida de modo a se alcançar uma transformação mais significativa da realidade social.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Habilidades**: ensino jurídico e contemporaneidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. A questão do ensino jurídico. In: ENCARNAÇÃO, João Bosco da. MACIEL, Getulino do Espírito Santo (orgs.). **Seis temas sobre o ensino jurídico**. São Paulo: Cabral, 1995.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIA, José Eduardo. O ensino jurídico. In: ENCARNAÇÃO, João Bosco da. MACIEL, Getulino do Espírito Santo (Org.). **Seis temas sobre o ensino jurídico**. São Paulo: Cabral editora, 1995.

_____. **A Reforma do Ensino Jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1987.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão e dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. **A visão crítica do ensino jurídico**. Acesso em: 28 abr. 2009. Disponível em < www.terciosampaioferrazjr.com.br >, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro, 1999.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia como autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 30. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. **Pedagogia do oprimido**. 27. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GOMES, Luiz Flávio. **A crise (tríplice) do ensino jurídico**. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em: 19 maio 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Aula em Direito. In: ENCARNAÇÃO, João Bosco da. MACIEL, Getulino do Espírito Santo (Org.). **Seis temas sobre o ensino jurídico**. São Paulo: Cabral editora, 1995.

MACIEL, Getulino do Espírito Santo. Por um ensino jurídico crítico. In: ENCARNAÇÃO, João Bosco da. MACIEL, Getulino do Espírito Santo (Org.). **Seis temas sobre o ensino jurídico**. São Paulo: Cabral editora, 1995.

MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. Reflexões sobre o Ensino Jurídico: aplicação da obra de Paulo Freire aos cursos de Direito. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: < www.ambito-juridico.com.br >. Acesso em: 22 maio 2009a.

_____. **A evolução do ensino jurídico no Brasil**. Disponível em <www.ensinojuridico.com.br>. Acesso em: 19 maio 2009b.

MELO FILHO, Álvaro. Por uma revolução no ensino jurídico. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v.322, ano 89, abr./jun. p.09-15, 1993.

_____. **Metodologia do ensino jurídico**. Fortaleza: UFC, 1977.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. **Metodologia da pesquisa jurídica**: manual para a elaboração e apresentação de monografias. Rio de Janeiro, 2001.

NÓVOA, Antônio. O passado e o presente dos professores. In: **Profissão professor**. 2. ed. Porto: Porto editora, 1998.

RIGHETTI, Moacir Spadoto. **O ensino jurídico e a função social da universidade**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org/manaus/brasil>>. Acesso em: 19 maio 2009.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. A reforma curricular nos cursos jurídicos e a portaria n.º 1.886/94MEC. In: **I Seminário Nacional de Ensino Jurídico, Cidadania e Mercado de Trabalho**. Curitiba: UFPR - Faculdade de Direito, 1995, p.117-126.

AN ANALYSIS OF LEGAL EDUCATION IN BRAZIL

Abstract: *This is an analysis of legal education in Brazil, investigating the main reasons for its poor quality. At first, it is made a brief contextualization of the situation of instructors and students in the courses of law, with a greater focus on the democratization of education, particularly the legal one, to investigate the advantages and disadvantages of this phenomenon. In conclusion, there is a need for greater control of such learning process by authorities in order to provide an increasingly contribution to society.*

Keywords: *Legal education. Democratization. Supervision. Ethics.*

Data de recebimento: **jan/2011** – Data de aprovação: **mar/2011**

A INTERVENÇÃO JUDICIAL COMO MEIO EXECUTIVO PARA A TUTELA DOS NOVOS DIREITOS

Lucas de Brandão e Mattos

Aluno do 9º semestre do curso de Direito da FA7, orientado pela
profa. Ms. Isabel Cecília de Oliveira Bezerra

lucasbmattos@hotmail.com

isabel.bezerra@agu.gov.br

Sumário: Introdução. 1. Efetividade do processo, direito material. 2. Os “novos direitos” e os novos desafios da execução. 3. Meios executivos. 4. A intervenção judicial. 5. A intervenção judicial na execução dos novos direitos. Considerações finais. Referências.

Resumo: O estudo tem por finalidade trazer luzes a um meio executivo pouco conhecido e aplicado no direito pátrio, apesar de regulamentado em lei: a intervenção judicial. Visa a demonstrar a efetividade de sua aplicação, principalmente no que concerne aos chamados “novos direitos”, que impõem obrigações de fazer ou não fazer complexas e de trato sucessivo, sendo, o executado, muitas vezes, pessoa jurídica para a qual poderá ser nomeado interventor que cumprirá os atos.

Palavras-chave: Intervenção Judicial. Efetividade da Execução. Novos Direitos. Atipicidade dos Meios Executivos.

INTRODUÇÃO

Inegavelmente, o direito processual sofre nos dias atuais uma remodelação à luz da teoria dos direitos fundamentais, modificando nossos conceitos de acesso à justiça e efetividade da tutela jurisdicional.

Os “novos direitos” são os frutos das novas legislações surgidas no contexto de transição para o pós-positivismo, dos quais são exemplos, as legislações protetoras da criança e do adolescente, do idoso, do meio ambiente, do consumidor, dentre outros, como também os direitos já postos anteriormente, mas que agora são vistos com outros olhos pelo ordenamento jurídico. Desse modo, uma gama maior e antes impensável de situações torna-se passível de proteção por meio do processo que deve, então, assumir feições que garantam aquilo que está posto na norma material.

O fato de ser o nosso processo civil pautado no individualismo das demandas gera muitos problemas para a persecução judicial desses direitos que, na maioria das vezes, por seu caráter metaindividual, são buscados na forma de ações coletivas.

Dentro dessa perspectiva, a execução é uma fase crítica para a afirmação desses direitos que dependem essencialmente de sua tutela específica, pois a conversão em pecúnia desvirtuaria toda a finalidade da norma.

A ausência de meios executivos idôneos à execução desses direitos é, com certeza, um dos grandes problemas da efetividade do direito processual atualmente.

O presente estudo encarrega-se, assim, de analisar as questões postas, bem como a intervenção judicial, medida prevista nos arts. 69 a 78 da lei antitruste (Lei nº 8.884/94), quanto ao seu cabimento, adequação e efetividade como meio executivo para tutela adequada dos “novos direitos”.

1 EFETIVIDADE DO PROCESSO E DIREITO MATERIAL

Da era romana ao Direito Francês do Código de Napoleão o processo não era considerado autônomo em relação ao direito material. A ação era conceituada em correspondência ao direito material, sistema de ações típicas, o que gerava muitas lacunas e uma ciência processual pouco desenvolvida.

Na primeira metade do século XX, a doutrina processual italiana de Chiovenda, Liebman, Carnelluti, Calamandrei, dentre outros, cunhou o processo civil como o conhecemos, fundado na autonomia e abstração do direito de ação, sobre o qual gravita o direito processual, agora se julgando completamente liberto do direito material e consolidado como ciência.

O resultado desta mudança de paradigma na tutela dos direitos é definido por Proto Pisani, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

[...] na época em que as ações eram típicas, as tutelas específicas e ressarcitórias ficavam a elas vinculadas, mas, depois da conquista da autonomia da ação – de sua desvinculação do direito material –, as tutelas específicas, porque ficaram subordinadas a uma ação autônoma e atípica – passível de ser utilizada para a obtenção de qualquer tipo de tutela –, passaram a depender apenas das técnicas processuais. (MARINONI, 2006, p. 841).

Portanto, dentro do sistema processual tradicional, o alcance da tutela específica dependia das técnicas processuais disponíveis que, no caso da execução, consistem, principalmente, nos meios executivos disponíveis à efetivação do direito posto em juízo.

Neste sentido, a tutela dos direitos era, quase sempre, reduzida ao ressarcimento pelo equivalente monetário. Assim, por mais diversos que fossem dois direitos materiais que demandavam proteção em juízo, passariam pelo mesmo procedimento e obteriam ao fim, em caso de procedência, o dinheiro advindo da expropriação dos bens do devedor.

Este modelo de processo é característico do Estado Liberal, fundado na igualdade meramente formal, na intangibilidade da vontade e na autodeterminação do mercado. Convivia-se com uma ação abstrata que se propunha a albergar quaisquer situações jurídicas. Porém, ao lado delas, a tipicidade das formas limitava o alcance da tutela específica. Assim ensina Marinoni:

O princípio da tipicidade das formas processuais não quer significar que as tutelas dos direitos estão subordinadas às ações típicas, mas sim que as técnicas processuais, capazes de dar corpo à ação autônoma e atípica, são apenas as que estão tipificadas na legislação. Tal princípio aceita a ideia de ação atípica, mas vincula a sua realização e desenvolvimento às formas processuais expressamente definidas em lei. (2006, p. 842)

Nos termos do atual Estado Constitucional, que gira em torno dos direitos fundamentais, o acesso à justiça assume a forma do “mais básico dos direitos humanos” (Capelletti Garth, 1988, p. 12), visto que é por meio dele que se torna possível alcançar todos os outros. Nesse sentido, escrevemos em outra oportunidade:

No Estado Democrático de Direito é papel do Judiciário a garantia dos direitos, pois é o poder para onde o cidadão recorrerá para garantir seus direitos, que não podem ser efetivados de mão própria. Assim, ao direito processual incumbe, como instrumento de efetivação, fazer-se coerente com o direito material. (MATTOS, 2009, p. 271)

Com este conceito em mente, fica claro que o processo tem um escopo único. Nas palavras de Chiovenda: “*Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello che gli ha diritto de conseguire*”. Portanto, somente a busca da tutela específica viabilizará o alcance desta “máxima coincidência possível” – expressão de Barbosa Moreira – entre o mandamento do direito material e aquilo que será obtido através do processo.

As situações que ocorrem na vida e que são levadas ao processo são, por óbvio, atípicas. Seria, então, de uma inocência muito grande acreditar que formas típicas de técnicas para obtenção da tutela poderiam albergar a satisfação dos direitos e a efetividade da jurisdição.

O mandamento do art. 5º, XXXV – acesso à justiça – não pode mais ser interpretado como o direito de ação consistente apenas em pedir e receber provimento de mérito, mas entendido como o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva. Na lição de Marinoni:

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é o direito de agir em juízo em busca da tutela jurisdicional efetiva do direito material, e isso está a quilômetros de distância dos antigos conceitos de ir a juízo e de direito de pedir a tutela jurisdicional. (2006, p. 860)

Faz-se necessário ao processualista moderno desprender-se do formalismo sem valor para ver o processo como o instrumento da efetividade do direito material (BEDAQUE, 2009).

O momento processual em que essas questões terão mais peso é, sem dúvida, na fase de execução, na qual os meios executivos utilizados têm a incumbência de ditar a satisfação do crédito nos termos do direito material, dependendo da sua idoneidade para obtê-la no caso concreto.

Para tanto, na perspectiva da instrumentalidade, o processualista deve sempre ter em mente o princípio da adequação na busca da efetividade da execução. Cabível a lição da processualista italiana Michelle Tarufo:

[...] a conexão entre situações substanciais carentes de tutela e técnicas de atuação executiva se coloca essencialmente na base do princípio da adequação, segundo o qual cada direito deve atuar através de um trâmite executivo mais idôneo e eficaz em função das necessidades do caso concreto. (1990, p. 78)

Fixadas as premissas dessa necessária mutação adaptativa que o processo deve sofrer para que se torne adequado aos ditames do direito material e à persecução da tutela específica, caberá, pelo foco deste trabalho, um estudo acerca das características dos “novos direitos”, que os fazem necessitar de uma tutela executiva diferenciada.

2 Os “NOVOS DIREITOS” E OS NOVOS DESAFIOS DA EXECUÇÃO

Não podemos negar que a expressão “novos direitos” pode ser bastante controvertida, sendo preferência de muitos a denominação de direitos metaindividuais ou difusos *lato sensu*. Porém, a expressão “novos direitos” nos parece ganhar maior amplitude e abstração, visto que pode acolher tanto os metaindividuais, quanto os direitos dos “ramos clássicos” do direito, como o civil e o trabalhista, mas evitados de uma constitucionalização que os eleva ao patamar

de direitos fundamentais, de modo a atribuir-lhes nova forma e acesso a novos provimentos de caráter individual ou coletivo.

A origem destes direitos, ou desta nova perspectiva é, normalmente, situada na segunda metade do século XX, coincidindo com o período embrionário do neoconstitucionalismo, tendo especial relevância o movimento de acesso à justiça, que culminou no Projeto de Florença liderado por Mauro Capelleti. A segunda onda de reformas de acesso à justiça trouxe a jurisdição coletiva e normas materiais de cunho metaindividual. Sobre a necessidade de reforma dos instrumentos processuais ensinam Capelleti e Garth:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares (1988, p.50)

A gama de direitos abrangidos por esse conceito pode ser observada na lição de Michele Taruffo:

[...] novos direitos ou novas situações que entram no campo da “*giustiziabilità*”. Esses direitos vão desde os direitos civis à tutela do meio ambiente até aos direitos contra a segregação racial e a tutela do consumidor, de problemas de família até relações de trabalho e direitos de presidiários de revisão das circunscrições eleitorais (1990, p. 75)

Em nosso ordenamento jurídico esses “novos direitos” representam direitos fundamentais, predominantemente da segunda e terceira gerações, visto que envolvem tanto direitos de cunho social, como também relativos à solidariedade. Mesmo aqueles não previstos expressamente na Constituição Federal adquirem essa feição constitucional por força do art. 5º, §2º, da Carta Magna que eleva à categoria de fundamentais os direitos, visto que “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”, inseridos no conceito de “Bloco de Constitucionalidade”, a que se refere Canotilho (2003). Sobre a mencionada feição constitucional desses direitos ensina Pedro Abi-Eçab:

No Brasil, a consolidação dos direitos difusos no plano normativo mostra que dúvidas não existem quanto ao fato de ter o país adentrado à terceira geração de direitos humanos – ao menos no que tange à positivação – marcada pelo caráter de solidariedade e que por fulcro a tutela de interesses maiores da sociedade, tais como a proteção do ambiente, das relações de consumo, da

infância e da juventude, dos idosos, dos portadores de necessidades especiais, dos sem-terra, dos usuários do sistema de saúde, enfim, de uma universalidade indivisível como bem se observa pelos titulares do direito ao meio ambiente e à probidade administrativa: simplesmente todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país. (2008, p. 279)

A atuação desses direitos no ordenamento jurídico acontece de forma diferenciada do raciocínio ordinário do jurista, compreendendo o ordenamento em tiras verticais, cada uma pertencendo a determinado âmbito do direito (tributário, civil, trabalhista etc.) que tem sua própria lógica de regras e princípios norteadores. Os “novos direitos” cortam essas tiras verticais horizontalmente, gerando o fenômeno denominado transversalidade dos “novos direitos” (Abi-Eçab, 2008), provocando a emanção desses microssistemas para o âmbito de todo o ordenamento jurídico, de forma a conferir novos formatos a antigos institutos e a criar princípios a serem observados e vertentes difusas dos direitos que antes só tinham feição individual.

Reconhecida a existência e o caráter especial dos novos direitos nos deparamos com as dificuldades de concretização dos mesmos. Assim alertam Capelleti e Garth:

É evidentemente uma tarefa difícil transformar esses direitos novos e muito importantes – para todas as sociedades modernas – em vantagens concretas para as pessoas comuns. Supondo que haja vontade política de mobilizar os indivíduos para fazerem valer seus direitos – ou seja, supondo que esses direitos sejam para valer – coloca-se a questão fundamental de como fazê-lo. (1988, p. 29)

As dificuldades de concretização vão desde o âmbito administrativo, pelo Poder Executivo na implementação de políticas públicas, até o Judiciário, visto que os instrumentos processuais foram forjados para as lides individuais e direitos de cunho eminentemente pecuniário. Inegável que em meio a essas questões está o terreno bastante conturbado da judicialização das políticas públicas e do papel do Judiciário na concretização dos direitos. Porém, a simples leitura de nossa Constituição e dos mencionados diplomas que trazem os “novos direitos”, demonstra, pelo menos, que a repartição dos poderes não pode mais ser vista em um modelo rígido à moda de Montesquieu e que o papel do juiz no Estado Constitucional vai muito além da “boca da lei”, estando bem mais próximo do “Juiz Hércules” de Dworkin (2007).

No que concerne à judicialização desses direitos, seja em sede de ação individual ou coletiva, a busca da tutela específica está ligada à própria eficácia do direito material, visto que a tutela ressarcitória deturpa todo o sentido protetivo dos valores ligados a esses direitos. Tal fato gera problemas no que concerne à execução desses direitos, demandando a adoção de meios executivos

idôneos à persecução das mais diversas tutelas específicas possíveis, decorrente do direito material. Assim ensina Michele Taruffo:

[...] coloca, ao invés disso, em primeiro plano, situações que têm conteúdo exclusivamente ou prevalecentemente não pecuniário, criando, para essas, relevantes problemas de adaptação e extensão do sistema da tutela executiva. (1990, p. 75)

Nesse sentido, podemos mencionar algumas características dos “novos direitos”, que devemos ter em mente no momento de procura do meio executivo mais adequado. Assim, é inestimável a classificação de Marcelo Lima Guerra:

Além disso, têm crescido, igualmente, o reconhecimento e a proteção aos chamados “novos direitos”, isto é, situações não enquadráveis no clássico catálogo de direitos subjetivos. Esses novos direitos, apesar de bastante diversificados, apresentam importantes características comuns, a saber:

- a) o conteúdo desses direitos corresponde, frequentemente, à prestação de fazer e de não fazer de trato sucessivo, isto é, que se realizam continuamente através de um período de tempo mais ou menos longo;
- b) a violação deles conduz, quase sempre, a uma lesão irreparável (ou de difícil reparação);
- c) revela-se totalmente inadequada, para proteção de tais direitos, a chamada tutela ressarcitória, genérica ou por equivalente, que consiste, como se sabe, na condenação ao pagamento de determinada quantia em dinheiro, ou seja, equivalente pecuniário da prestação inadimplida, impondo-se a obtenção da tutela específica desses direitos, isto é, da sua satisfação *in natura*, quando não realizados espontaneamente; [...] (2003, p. 115)

Pretendemos, nesse estágio, focar em situações que envolvem a condenação de pessoas jurídicas a prestações de fazer ou não fazer, de caráter complexo e de trato contínuo, nas quais a execução indireta é inefetiva. Assim ensina Michele Taruffo:

O problema surge em particular quando a execução da sentença comporta uma série de atividades complexas e diversificadas, ou, então, quando esta comporte o desenvolvimento e o controle de atividades continuadas ou destinadas a durar no tempo. (1990, p. 75)

3 MEIOS EXECUTIVOS

O processo de execução, por sua natureza, tem, ou deve ter, “desfecho único”, alcançado por meio de atividade coativa e de caráter

jurisdicional, permitindo o controle do devido processo legal, no qual ocorre a invasão da esfera patrimonial ou pessoal do devedor com o objetivo único de concretizar o mandamento constante do título executivo. (GUERRA, 1999)

Para o alcance desse objetivo, o juiz dispõe de técnicas variadas de atividade coativa para efetivar a execução forçada, formando um sistema variável em cada ordenamento jurídico. Essas técnicas são conhecidas como meios executivos. O sistema dos meios executivos, ou “sistema de tutela executiva”, varia conforme o ordenamento jurídico, como ensina Marcelo Guerra:

Convém adotar, na análise dos meios executivos previstos no direito brasileiro, terminologia já empregada por Proto Pisani no terreno das medidas cautelares. Assim, denominando-se sistema de tutela executiva o conjunto de meios executivos admitidos em um dado ordenamento, são concebíveis, no plano da mera possibilidade lógica, três modelos de tal sistema:

- a) sistema típico: quando os meios executivos são tipificados em lei;
- b) sistema atípico: quando os meios executivos são criados pelo órgão jurisdicional;
- c) sistema misto: quando, ao lado dos meios executivos previstos em lei, pode o juiz, em caráter suplementar, criar outras. (2003, p.61)

O sistema original do Código Buzaid de 1973 era inteiramente típico, fincado nas ideias liberais da processualística clássica, trazendo clara preferência dos meios sub-rogatórios, substitutivos da vontade do devedor, em relação aos meios coercitivos, que procuram coagir o devedor a cooperar com a execução, pautada no dogma da intangibilidade da vontade humana. No atual CPC reformado, temos um sistema misto, no qual convivem técnicas típicas em conjunto com a possibilidade de criação judicial de meios idôneos à satisfação do credor no caso concreto.

Os sistemas de tutela executiva evoluem, invariavelmente, para a atipicidade dos meios executivos na proporcionalidade de seu comprometimento com o real acesso à justiça e a efetivação do direito material protegido em juízo.

É lícito definir, nessa perspectiva, que a efetividade da execução e da tutela jurisdicional está diretamente relacionada com a atipicidade dos meios executivos utilizados pelo magistrado para obter a tutela dos direitos.

O mandamento da efetividade do processo deve ser definido de modo que ao juiz estejam disponíveis todos os meios executivos, de cunho sub-rogatório ou coercitivo, que se mostrem proporcionais à obtenção da tutela e não sejam vedados pelo ordenamento jurídico com base em valores de proteção à dignidade do devedor, que prevaleçam na ponderação de valores no caso concreto (GUERRA, 2003).

Não obstante tais considerações não dependerem de previsão infraconstitucional expressa, visto decorrerem diretamente do direito fundamental à tutela executiva, o legislador reformista foi sensível à necessidade da atipicidade dos meios executivos, insculpindo-a no reformado art. 461, §5º, do Código de Processo Civil e no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõem:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

[...]

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

De fato, a atipicidade prevista na legislação só abrange, nos termos dos arts. 461 e 461-A do CPC, as obrigações de fazer, não fazer e dar coisa, o que é suficiente para o enfoque dado ao presente estudo, visto que a maioria das situações carentes de tutela albergadas pelos “novos direitos” consiste em obrigações das espécies mencionadas.

A doutrina tem atualmente dado maior enfoque aos meios coercitivos de execução, como a multa diária, mas isso pode levar o magistrado a novamente pensar a execução por meios típicos, só que agora com a inclusão da multa diária. Assim, não há uma ordem preferencial dos meios executivos e sim a análise do caso concreto para a identificação do meio executivo adequado.

É inegável que em grande parte das situações a cooperação do executado buscada através de meios executivos é bastante efetiva. Porém, quando o executado é uma pessoa jurídica, de direito público ou privado, e as obrigações são complexas, envolvendo uma série de ações e omissões conexas, e de trato sucessivo, sua efetividade resta prejudicada.

Para tanto, a intervenção judicial, estudada a seguir, pode ser cabível como meio executivo, de caráter sub-rogatório, para alcançar a tutela específica dos “novos direitos” e a consequente efetividade do processo, tratando, em seguida, de exemplos práticos de situações de necessidade da tutela e em que a intervenção se mostra profícua a tal fim.

4 A INTERVENÇÃO JUDICIAL

Como já apontado anteriormente, a intervenção judicial é medida prevista na lei antitruste – Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994 – como meio executivo, regulado nos arts. 69 a 78, que prevê a nomeação de interventor na pessoa jurídica condenada, atuando como representante do juiz e garantindo o cumprimento da obrigação constante da sentença.

No entanto, a aplicação da intervenção judicial não se restringe ao objeto da lei antitruste, visto que os já mencionados art. 461, §5º, do CPC e art. 84 do CDC, autorizam a utilização de quaisquer meios executivos adequados, tornando a intervenção ainda mais interessante, visto que tem seus limites fixados em lei, não ficando ao livre-arbítrio judicial o procedimento da medida executiva.

Julgamos que a melhor compreensão do instituto demanda uma busca por suas origens, que estão no direito comparado, principalmente nos ordenamentos do sistema *common law*, especialmente o direito norte-americano e o direito inglês.

No direito desses países, as ordens judiciais de caráter mandamental, denominadas *injunctions*, são uma técnica utilizada para condenar a prestações de fazer ou não fazer, tendo sua eficácia garantida pelos meios executivos mais diversos, desde a multa diária e a intervenção judicial, até a prisão civil (*contempt of court*). Sobre as *injunctions* assim ensina o professor Neil Andrews da Universidade de Cambridge:

The courts fashioned the injunction to induce recalcitrant parties to satisfy their legal duties. English judges are trusted to use their severe contempt of court powers against a person who breaches an injunction: fines, imprisonment, or seizure of personal or corporate assets. (2009, p. 166)

As medidas correspondentes às *injunctions* não têm previsão legal expressa, consistindo em poderes decorrentes da própria jurisdição e da submissão de todos ao direito, que se não puder ser efetivado estará sendo negado em sua essência. Como se tratam de poderes decorrentes da atividade jurisdicional são denominados de *inherent powers*. Assim ensina Marcelo Guerra:

Conclui-se, portanto, que os *inherent powers* dos juízes são “poderes instrumentais” de que se acham investidos esses mesmos juízes, no desempenho da função que lhes é própria e específica. Ao atribuir aos órgãos jurisdicionais poder para exercer a sua função específica, o ordenamento jurídico atribui também poderes para realizar todas as atividades e tomar todas as providências que assegurem, concretamente, o desempenho correto e ordenado dessa mesma função. Esses poderes – implícitos e instrumentais – são os *inherent powers*.

É nesse sentido, precisamente, que se deve entender a ideia no *common law*, de que o *contempt of court* é um poder inerente aos órgãos jurisdicionais. (1999, p.92)

Essa visão da jurisdição e dos poderes decorrentes da mesma está pautada na crença da plena dominação do direito, que não pode ser vista de um modo meramente simbólico ou submerso na burocracia de procedimentos que permitam ao particular negar-se legitimamente a dar cumprimento à lei. Assim ensina Michele Taruffo:

[...] há muitas situações, como aquelas que foram recordadas anteriormente, nas quais o instrumento *injunction/contempt* representa o único modo eficaz para uma tutela não só nominalística de novos direitos “substanciais”, como, também, para manter a fundamental supremacia da lei, evitando, assim, abusos, omissões e obstruções, direcionadas a reduzir a nada o direito afirmado no pronunciamento do Juiz. (1990, p.77)

Dentro do contexto mencionado das *injunctions* foi que a jurisprudência do *common law* deu-se conta dos problemas relacionados à efetivação dos provimentos em relação às pessoas jurídicas, o que denominou-se de *institutional litigation*, por terem sua “vontade” dificilmente atingida para que os meios coercitivos tenham efeito e principalmente no que concerne às já mencionadas obrigações complexas e de trato sucessivo. Assim foram surgindo técnicas de caráter sub-rogatório para a execução de tais obrigações, como expõe Marcelo Guerra:

Essas técnicas orientam-se todas, de um modo geral, no sentido de ampliar a utilização de terceiros nomeados especialmente pelo órgão jurisdicional para desempenhar funções auxiliares da justiça, a fim de que, dessa maneira, mesmo as atividades complexas e de trato sucessivo do devedor possam ser substituídas por aquela do órgão jurisdicional, proporcionando ao credor o resultado prático equivalente ao cumprimento. (2003, p. 121)

É inegável a influência das mencionadas técnicas em nosso direito, ficando visível a inspiração nas mesmas quando da reforma legislativa de 1994 (Lei nº 8952/94), que alterou a execução das obrigações de fazer e não fazer, reconhecendo o caráter mandamental desses provimentos (art. 14 do CPC) e instituindo a atipicidade dos meios executivos (art. 461, §5º, do CPC) para atingir a tutela específica. (GRINOVER; WATANABE, 2006)

Fincadas as premissas históricas e definida a plena aplicabilidade da intervenção judicial como meio executivo das obrigações de fazer e não fazer, passaremos a um estudo mais pragmático do instituto, de modo a identificar os seus contornos em nossa legislação. A intervenção judicial é definida por Cretella Júnior do seguinte modo:

Intervenção é a ingerência, ingresso ou incursão de entidade “de maior grau” na “esfera de negócios” da entidade “de grau menos elevado”. Determinando, em despacho motivado a ingerência, quando indispensável para permitir a execução específica da obrigação, o juiz procede também à nomeação do interventor. (1996, p. 129)

Estando o juiz diante de caso concreto em que condena pessoa jurídica a obrigações complexas e entendendo ser a intervenção judicial o meio executivo mais adequado, deve primeiro dar ao devedor a possibilidade de adimplemento espontâneo (ARENHART, 2010). Porém, para levar-se em conta o real intuito do devedor em adimplir, deve ser exigido dele plano de ação e posteriores provas do efetivo cumprimento, visto que a simples espera do adimplemento para só depois decretar a intervenção pode trazer dificuldades ao cumprimento e risco de inefetividade da execução. Esta fase também é importante, pois a iminência da decretação da intervenção pode coagir o devedor a adimplir, consistindo assim a intervenção como meio executivo de caráter tanto coercitivo quanto sub-rogatório. Sobre a questão escreve Sérgio Cruz Arenhart:

Esse papel coercitivo pode ser visto quando se tem a imagem do ordenado que deve escolher entre resistir à ordem judicial – e ver um interventor ser colocado em seu lugar, com poderes de administração maiores ou menores, mas com acesso a informações sigilosas, à vida da empresa e com a possibilidade de não conseguir conduzir os negócios com a mesma perícia do proprietário – ou cumprir, ele mesmo, a decisão do juiz. Normalmente, só essa visão já será suficiente para estimular o ordenado a optar pela segunda alternativa, evitando assim a ingerência de um desconhecido em seus assuntos e mantendo consigo a gestão de seu trabalho. (2010, p. 7)

Quanto às espécies de intervenção, a doutrina as classifica em três tipos: fiscalizatória, cogestora e substitutiva. A primeira, obviamente, tem o sentido de fiscalizar o cumprimento da ordem judicial ou o andamento de determinados assuntos da corporação, podendo, inclusive, ser decretada em segredo de justiça. Já na intervenção cogestora o interventor assume apenas uma parcela das atribuições de administração da empresa. Na última espécie ocorre a real expropriação temporária do controle da empresa em benefício do interventor para que dê cumprimento às ordens do juiz. Em caso de obstrução por parte dos integrantes da pessoa jurídica em colaborar com o interventor nos casos de intervenção fiscalizatória ou cogestora, poderá ser modificada para a intervenção substitutiva, ocorrendo a tomada de controle administrativo completo. (ARENHART, 2010)

Não havendo o adimplemento espontâneo, o juiz nomeará interventor que goze de aptidão técnica para as tarefas a serem executadas e idoneidade moral, em decisão motivada em que fixará claramente as atribuições

e ações que serão desenvolvidas pelo interventor dentro da corporação (art. 69 da Lei 8.884/94). O devedor poderá impugnar a nomeação do interventor por motivos de aptidão técnica e idoneidade moral, exceto no caso das intervenções fiscalizatórias que podem ser decretadas em sigilo, no prazo de 48 horas com três para as razões (art. 70 da Lei). O juiz julgará a impugnação e em caso de procedência nomeará outro interventor no prazo de cinco dias (art. 71).

A intervenção é medida de caráter temporário, tendo a lei antitruste fixado o prazo máximo de 180 dias para a sua execução (art. 73). Porém, esse prazo deve ser tido apenas como um parâmetro, visto que a própria lei, no art. 77, prevê que depois de findo o prazo assinalado, caso não tenha havido cumprimento total da ordem, haverá prorrogação. Portanto, o término da medida vincula-se apenas ao cumprimento da intervenção, que quando alcançado revogará imediatamente a execução (art. 72). No entanto, ante a agressividade da medida, a cada 180 dias deverá o interventor produzir relatório extraordinário, além dos mensais já exigidos pelo art. 75, III, sobre o qual o juiz deverá se pronunciar sobre a continuidade da intervenção, na forma do art. 77, garantindo o contraditório e a legitimidade da execução.

O interventor tem o dever de atuar buscando a execução da ordem judicial, dentro de seus limites, e relatará ao juiz todo e qualquer embaraço à sua atividade (art. 75). Diante da falta de cooperação de um agente corporativo, o magistrado o afastará de suas atividades, sendo o mesmo substituído na forma do estatuto (art. 74). Em persistindo a resistência na cooperação ou tornando-se a mesma generalizada, ocorrerá a expropriação da administração da empresa, decretando-se intervenção substitutiva (art. 74, §2º), ressalvada a responsabilidade criminal dos agentes resistentes (art. 78), pelos crimes de resistência, desobediência e coação no curso do processo, previstos respectivamente nos arts. 329, 330 e 344 do Código Penal Brasileiro.

O interventor responderá por quaisquer abusos na condução da intervenção e será obrigatoriamente substituído caso torne-se civilmente insolvente, quando for sujeito ativo ou passivo de corrupção ou prevaricação e quando não observar seus deveres (art. 73, §2º). Na administração da corporação deverá observar também o que dispõe da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6404/76), principalmente nos arts. 153 a 159, que dispõe dos deveres do administrador, mesmo que a intervinda não tenha esse tipo societário, por força do art. 73, §1º, da Lei 8.884/94. Ainda no campo da responsabilidade, na falta de previsão na lei antitruste, o magistrado poderá utilizar-se das disposições concernentes ao administrador ou depositário por analogia, que tem previsão no Código de Processo Civil, arts. 148 a 150, dentre outros, inclusive no concernente à sua remuneração. (ARENHART, 2010)

Percebemos, então, que a legislação possui regulação bastante farta do instituto, o que não significa, no entanto, que o magistrado esteja completamente vinculado a estes ditames, ante o caráter de meio executivo atípico, visto que do contrário incorrer-se-ia no mesmo problema antes mencionado da imprevisibilidade das situações práticas e a necessária adequação ao caso concreto.

Vale ressaltar, também, que a intervenção judicial pode ser utilizada em vários momentos do processo, nos quais o juiz necessite garantir o adimplemento de provimento mandamental, como em sede de cautelar ou tutela antecipada, tutela inibitória ou de remoção do ilícito e até como medida executiva auxiliar a outras já empregadas na execução.

5 A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA EXECUÇÃO DOS NOVOS DIREITOS

Do que se expôs até agora, acreditamos ter ficado claro estar a ciência processual atual alerta para uma necessária adequação dos instrumentos processuais aos direitos tutelados e que os “novos direitos” necessitam de cuidado especial do processualista, como também, aclaramos a existência da intervenção judicial como meio executivo, dentro dos moldes estudados, com esteio nos arts. 461, §5º, do CPC e 84 do CDC.

Neste capítulo pretendemos finalizar com o estudo da jurisprudência sobre o tema e pensar alguns casos em que os “novos direitos” demandam a intervenção judicial como meio executivo.

Como já exposto anteriormente, há grande necessidade de uma maior exploração da intervenção judicial. Percebe-se isso diante da escassa e restritiva jurisprudência do STJ abordando diretamente a temática. Assim dispõe um dos julgados da corte:

CONFLITO DE ATRIBUIÇÃO - INTERVENÇÃO JUDICIAL DECRETADA EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA FEDERAL - DESTITUIÇÃO TEMPORÁRIA DE PRESIDENTE E NOMEAÇÃO DE SUBSTITUTO PARA CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL - ILEGALIDADE - CONFLITO PROCEDENTE.

- I - A determinação do Juízo de Direito da Comarca de Jaguaruana, em decretar a intervenção no Banco do Nordeste do Brasil S. A. - BNB, com a substituição do seu presidente por funcionário do Banco Central do Brasil, é completamente ilegal, extrapolando os limites estabelecidos em lei para a execução do julgado. Não há previsão legal para esse tipo de intervenção, em casos de execução de um julgado numa ação de indenização.
- II - A execução da tutela antecipatória, na forma pretendida, não somente extravasa os poderes do Magistrado, como também adentra a esfera administrativa de atribuições de autoridade administrativa, a quem compete nomear e demitir o Presidente do BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S. A. - BNB, no caso, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República.

III - Conflito de atribuição procedente.

(STJ – Cat 51/DF - 2ª seção – Rel. Min. Massami Uyeda – Dje 23.11.2009)

Desta decisão percebemos duas posições do STJ: uma entendendo inaplicável quanto às obrigações de pagar e outra se posicionando pela inaplicabilidade da intervenção ao poder público, visto que se trataria de usurpação de competência afastar do cargo um agente público.

A primeira posição tem amparo na legislação processual positiva, pois como já expomos, temos um sistema misto de meios executivos, aplicando-se apenas meios típicos para a cobrança de obrigações de pagar. Não obstante ser extremamente discutível tal posição, visto que já observamos que a atipicidade dos meios executivos não decorre da lei, mas de poderes implícitos concedidos ao magistrado para efetivar o acesso à justiça e aos direitos fundamentais, não atinge o âmbito desse estudo, que está focado nas obrigações de fazer e não fazer.

Já a segunda posição do STJ nos parece absurda, pois a intervenção é medida executiva e como tal tem caráter temporário, operando-se até o adimplemento, não consistindo, portanto, em nomeação ou destituição real do cargo, pois a administração voltará à composição original quando findo o procedimento. Não é o caso, no entanto, dos agentes políticos propriamente ditos, pois para estes a Constituição Federal dispõe forma de intervenção específica nos arts. 34 a 36. (ARENHART, 2010)

A jurisprudência trabalhista, no entanto, mostra-se bem avançada no tema aplicando a intervenção judicial em vários casos, sendo emblemática a intervenção na companhia aérea VASP, determinada pelo juiz da 14ª Vara do Trabalho de São Paulo, para garantir o adimplemento dos créditos trabalhistas e a regularidade da falência.

Cabe agora, para ilustrar e tornar mais concreta a aplicação da intervenção, mencionar algumas hipóteses dos novos direitos onde se mostraria promissora a intervenção judicial.

Na seara trabalhista ela é necessária para garantir a reintegração do trabalhador com garantia de emprego, evitar o assédio moral no ambiente empresarial, implementar condições de saúde e segurança do trabalho e impedir discriminação ilegal no momento da contratação de empregados.

Na proteção ao consumidor utiliza-se a intervenção para impedir práticas lesivas à concorrência do mercado como holding, truste e cartel, garantir informação completa dos produtos e serviços, fiscalizar o atendimento ao consumidor e verificar linhas de produção de produtos viciados e nocivos ao consumo.

Contra a administração pública pode ser muito utilizada em sede de mandado de segurança, ações que visem efetivar benefícios previdenciários, implementar benefícios em folha de pagamento de servidor público, entre outras

ocasiões em que seja necessário evitar que a burocracia administrativa seja uma desculpa para o agente público não efetivar provimentos mandamentais.

No direito ambiental a intervenção é profícua na prevenção de danos ambientais e na reparação, se intervindo na produção e no descarte de dejetos industriais.

No direito da criança e do adolescente, ela é utilizada para evitar os maus-tratos em unidades de internação ou orfanatos, o que se aplica também aos idosos nos asilos e às adaptações necessárias nos ambientes públicos para sua circulação.

Na proteção dos portadores de necessidades especiais, para garantir seu acesso aos locais públicos e eventos em geral, bem como o número de vagas determinado por lei em órgãos públicos e grandes empresas.

A lista apontada traz apenas alguns poucos exemplos, dentro da grande gama de situações que necessitam de uma atuação judicial para sua efetivação e que muitas vezes são negligenciadas judicialmente pela inefetividade dos meios executivos tradicionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações feitas sobre os “novos direitos” e sobre o real acesso à justiça devem ser levadas em conta, como um necessário comprometimento que deve ter o magistrado com a eficácia dos direitos fundamentais, pois não devemos cair no risco de termos “direitos simbólicos”, como alerta Galanter:

O sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível do ordenamento sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis. Na realidade, a mudança de regras pode tornar-se um substituto simbólico para a redistribuição de vantagens (1974, p.149, *apud* CAPELLETI; GARTH, 1988, p. 68)

Nesse sentido, não podemos permitir que o processo seja um agente da manutenção do *status quo* e da dominação do economicamente mais forte, trazendo a completa negação do direito material que estaria se tornando um objeto de retórica para o controle das massas.

O processo deve sempre ser o sistema adequado para a obtenção real das vantagens decorrentes do direito material, visto que esta é sua função precípua e para tanto é imprescindível o reconhecimento de meios executivos tais qual a intervenção judicial, que se mostrem campo fértil para o florescimento dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- Abi-Eçab, Pedro. Transversalidade dos princípios dos direitos metaindividuais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 278-295, out-dez. 2008.
- ANDREWS, Neil. Injunctions in support of civil proceedings and arbitration. **Revista de processo**, São Paulo, v. 34, n. 171, p. 165 a 192, mai. 2009.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A Intervenção Judicial e o Cumprimento da Tutela Específica. Disponível em: <<http://ufpr.academia.edu/SergioCruzArenhart/Blog>>. Acesso em: 23 abr. 2010.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- Cretella Júnior, José. **Comentários à Lei Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos Fundamentais e a Proteção do Credor na Execução Civil**. São Paulo: RT, 2003.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Indireta**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **Recepção e transmissão de institutos processuais civis**. *Revista de processo*, São Paulo, v.31 n.140, p.143 a 154, out. 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Da Ação Abstrata e Uniforme à Ação Adequada à Tutela dos Direitos**. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; FUX, Luiz (Organizadores). **Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: RT, 2006.
- MATTOS, Lucas de Brandão e. Aplicação do art. 475-J do CPC à Execução Trabalhista. **Revista Jurídica da FA7: Periódico científico e cultural do Curso de Direito da Faculdade 7 de Setembro, Fortaleza**, v. 6, n. 1, p. 261-274, abr. 2009.
- TARUFFO, Michelle. A atuação executiva dos direitos: perfis comparatísticos. Tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 15, n. 59, p. 72-97, jul-set. 1990.

JUDICIAL INTERVENTION AS PROTECTION TO NEW RIGHTS

Resumo: *This study focuses on judicial intervention, a less known executive mean although regulated by Brazilian law. It aims to demonstrate how effective its application is, mainly when concerning the so-called “new rights”, which imposes quite complex obligations to perform or not to perform, generally by juridical persons.*

Keywords: *Judicial intervention. Execution effectiveness. New rights. Atypical executive means.*

Data de recebimento: **jan/2011** – Data de aprovação: **mar/2011**

CAPITAL SOCIAL E DESENVOLVIMENTO: PERSPECTIVAS DE COMBATE À POBREZA E DE FORTALECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Andreia Maria Santiago

Aluna do curso de Direito da Unifor, orientada pela profa. dra. Mônica Moita Tassigny
andreiamsantiago@gmail.com
monica.tass@gmail.com

Sumário: Introdução. 1. Globalização e pobreza nos países periféricos. 2. Aspectos teóricos do capital social. 3. Perspectivas de desenvolvimento e fortalecimento das instituições democráticas. Conclusão. Referências.

Resumo: Na atual conjuntura geopolítica internacional ainda não se concretizou uma política de combate à pobreza, principalmente nos países mais afetados pelas agruras sociais. Tal quadro reflete a crise das instituições democráticas que, em decorrência da falta de políticas públicas eficazes, torna os cidadãos descrentes com a governança. Este trabalho de natureza bibliográfica analisou como a dinâmica de formação e inserção do capital social no seio da coletividade auxilia na construção de uma consciência cívica e no estabelecimento de políticas públicas eficazes no combate à pobreza.

Palavras-chave: Capital social. Desenvolvimento social. Instituições democráticas.

INTRODUÇÃO

O modelo neoliberal apresentado na década de 1980, baseado nas recomendações do Consenso de Washington, não resultou no esperado no que se refere ao combate à pobreza.

A dinâmica desse modelo acoplada com a era da globalização tem demonstrado que mesmo nos países em desenvolvimento, onde foram adotadas as diretrizes neoliberais, destarte pudessem constatar um razoável crescimento econômico, os problemas sociais persistiram e aprofundaram-se. Ficou notório

que o crescimento econômico não implica necessariamente na melhoria do bem-estar da população como um todo, acentuando-se as enormes disparidades na distribuição de renda.

Nesse cenário de conservação da pobreza, em que as pessoas têm como maior preocupação a garantia de sua sobrevivência cotidiana, há, na maioria das vezes, um afastamento da arena política. Isso porque preocupações mais amplas e de certa forma consideradas mais complexas passam a ser postergadas. Rompe-se, assim, o elo entre Estado e sociedade e ampliam-se as incertezas quanto ao futuro da nação e, conseqüentemente, estrutura-se um ambiente de pleno descrédito com a política, comprometendo, dessa forma, o processo de fortalecimento democrático.

Ante essa realidade, o presente artigo visa demonstrar como a criação de mecanismos que favorecem a formação de redes de integração pode contribuir para a modificação desse quadro. Apresenta-se o conceito de capital social como um instrumento de coesão e de inspiração na formação de ideais de cooperação mútua e de solidariedade com vistas à redução da pobreza.

Tratou-se de pesquisa bibliográfica: no primeiro momento, traçou-se um panorama da realidade político-econômica em que se encontra a sociedade mundial, demonstrando alguns fatores que influenciam no crescimento das disparidades sociais e na proliferação da pobreza. Autores como Amartya Sen (1999) e Marcello Baquero (2007) forneceram as argumentações teóricas.

No segundo, abordou-se a conceituação teórica de capital social, adentrando nas dimensões que lhe foram atribuídas por Robert D. Putnam (1995). Apresenta-se também fatores considerados por Neto e Froes (2002) como determinantes para a sua formação e consolidação.

Por fim, traçou-se um paralelo entre o desenvolvimento e o fortalecimento das instituições democráticas, tentando demonstrar como o empoderamento dos cidadãos e seu enquadramento no cenário político reflete na operacionalização de políticas públicas com vistas à redução da pobreza.

1 GLOBALIZAÇÃO E POBREZA NOS PAÍSES PERIFÉRICOS¹

É incontestável o alto nível de pobreza que assola grande parte da humanidade, principalmente nos países periféricos que contam com histórico de dominação econômica, agravado ainda mais na década de 1980, quando se inseriu na conjuntura internacional um novo modelo de capitalismo, ligado à era da globalização, conhecido por neoliberalismo.

¹ Consideram-se países periféricos aqueles que têm um menor grau de desenvolvimento e que estão localizados na África, na América Central e no Oriente Médio.

Esse novo sistema foi desenvolvido pelas Nações Unidas, como bem esclarece Chomsky (2002, p. 21-22):

O termo neoliberalismo sugere um sistema de princípios que, ao mesmo tempo que é novo, baseia-se em ideias liberais clássicas [....]. Esse sistema doutrinário é também conhecido como Consenso de Washington, expressão que sugere algo a respeito da ordem global. [....]

O Consenso [neoliberal] de Washington é um conjunto de princípios orientados para o mercado, traçados pelo governo dos Estados Unidos e pelas instituições financeiras internacionais que ele controla e por eles mesmos implementados de formas diversas – geralmente, nas sociedades mais vulneráveis, como rígidos programas de ajuste estrutural.

Segundo Milton Friedman (1984), um dos inspiradores do neoliberalismo, a doutrina neoliberal tem como características a mínima intervenção do Estado na economia, a abertura do mercado para a entrada das multinacionais, a livre circulação de capitais internacionais com ênfase na globalização e a política de privatização das empresas estatais, sendo a base da economia formada por empresas privadas.

Dentro do atual contexto mundial de aplicabilidade desses princípios neoliberais, percebe-se que esse modelo agravou problemas estruturais da sociedade, impossibilitando as pequenas economias de se desenvolverem em bases nacionais, aumentando as desigualdades e contribuindo para a exacerbação da pobreza, em suma, acentuando a exclusão social.

Nessa linha de expansão capitalista e crescimento do comércio global, bem assevera Muhammad Yunus (2008, p.18):

[...] nem todos estão se beneficiando. A própria distribuição de renda global expõe os fatos: 94% da renda mundial vai para 40% da população, ao passo que os 60% têm de viver com somente 6% da mesma renda. Assim, metade da população mundial vive com cerca de dois dólares por dia, enquanto quase um bilhão de pessoas vivem com menos de um dólar por dia.

Considerando que o neoliberalismo patrocina o acúmulo de riquezas nas mãos de uma minoria, como bem demonstrado anteriormente, é fácil compreender como esse modelo contribui para uma desestruturação das relações de convivência social, dissolvendo entre as pessoas valores de confiança recíproca e de solidariedade.

Não obstante as grandes disparidades sociais acentuadas por tal modelo, este contexto propicia uma desilusão coletiva em relação à gestão dos governantes, fazendo que os cidadãos não acreditem no *modus operandi* da política como forma de equacionar as mazelas sociais. Assim, uma das consequências é o

descrédito nas instituições políticas, acarretando um desengajamento da sociedade civil do cenário político, enfraquecendo os regimes democráticos (BAQUERO; CREMONESE, 2006).

A reflexão sobre esse quadro demonstra o quanto é necessário e urgente buscar mecanismos que solucionem, ou pelo menos reduzam, os problemas sociais contemporâneos, principalmente, o da pobreza nos países periféricos. Nessa empreitada é que se apresentam as posteriores considerações sobre um dos instrumentos aptos a auxiliar na solução dessa problemática, qual seja: o capital social.

2 ASPECTOS TEÓRICOS DO CAPITAL SOCIAL

A temática do capital social vem ganhando espaço significativo no mundo acadêmico, sobretudo no âmbito das ciências sociais. Apesar de sua importância e da vasta literatura já existente sobre o assunto, ainda não há um consenso sobre o conceito de capital social.

De acordo com Coleman (1988, p.96), o capital social pode ser definido como um conjunto de:

[...] normas, confiança interpessoal, redes sociais e organização social [...], importantes no funcionamento, não apenas da sociedade, mas também da economia, configurando-se uma coligação de relações sociais e de recursos acessíveis.

O autor supracitado entende que o capital social deve ser entendido de forma funcional, ou como um recurso para os indivíduos que estão inseridos em uma dada estrutura econômica, social e política, possibilitando aos membros satisfazerem seus objetivos. Segundo ele, são os aspectos desta estrutura que facilitam certas ações comuns dos agentes sociais.

Outro teórico de grande destaque na tratativa do tema é Robert D. Putnam (2007), responsável pela popularização do termo capital social, dando a ele visibilidade internacional após a publicação, em 1993, da obra *Making democracy work: civic traditions in modern Italy*, quando apresenta ao mundo seus estudos nas regiões da Itália, objetivando a exploração de questões fundamentais da vida cívica e sua relação causal com o desempenho institucional. Dessa forma define capital social: “(...) o capital social diz respeito a características da organização social, como confiança, normas e sistemas, que contribuam para aumentar a eficiência da sociedade, facilitando as ações coordenadas” (2007, p. 177).

Seus estudos demonstram que o capital social possui uma natureza multidimensional, assim, à medida que as redes vão se formando e se ampliando, passa-se de um patamar para outro, o que Putnam (*apud* MARTELETO E SILVA) classificou como as três dimensões essenciais do capital social.

A primeira dimensão é conhecida como capital social de ligação (redes *Bonding*), nessa dimensão as redes formam-se entre pessoas muitas próximas, seja por laços de parentesco, de amizade ou de etnia. Por terem características semelhantes, elas resolvem agruparem-se, no intuito de desenvolverem mecanismos de cooperação que facilitem a vida de todo o grupo. Nesse sentido dispõem Marteleto e Silva (2004, p. 44):

O capital social possui uma natureza multidimensional. A visão mais estreita o define como um conjunto de normas e redes sociais que afetam o bem-estar da comunidade na qual estão inscritas, facilitando a cooperação entre os seus membros pela diminuição do custo de se obter e processar informação. Nesse caso, as relações de base para a formação das redes seriam entre iguais, isto é, entre indivíduos similares do ponto de vista de suas características demográficas.

A segunda dimensão é a do capital social de ponte (redes *Bridging*). Ela consiste na ampliação das redes *Bonding*, rompendo fronteiras e fazendo pontes com outras comunidades distintas, ligadas nesse nível não mais por laços fortes de amizade, mas pela busca de objetivos comuns, conservando a horizontalidade das relações. A formação dessas teias possibilita um acesso a novas estruturas que aumentam o alcance das ações.

Na terceira dimensão, capital social de conexão (redes *linking*), a formação de redes se dá por conexão das comunidades às instituições de poder, na qual as pessoas se unem, objetivando alavancar recursos para o desenvolvimento das comunidades. Assim, quando as comunidades agem conjuntamente ganham maior força para pressionar a governança a disponibilizar os recursos para atender às demandas locais.

Compreender teoricamente essas dimensões do capital social requer uma profunda análise em redes já formadas, haja vista que conseguir efetivá-las pressupõe muito mais que vontade. Exige, primeiramente, a concepção na comunidade, mesmo que intuitivamente, do espírito de virtude cívica, pois há uma forte relação entre comprometimento cívico e desenvolvimento de uma região, nessa linha teoriza Putnam (2007, p. 30-31): “[...] a comunidade cívica se caracteriza por cidadãos atuantes e imbuídos de espírito público, por relações políticas igualitárias, por estrutura social firmada na confiança e na colaboração”.

Posto isso, e depois de pontuadas as dimensões do capital social, é importante relatar quais são as condições que antecedem e propiciam a sua implementação.

Segundo Neto e Froes (2002), são três essas condições: a primeira, diz respeito à **ampliação social da cooperação**, ocorrendo pela formação de comportamentos altruístas que estimulam sentimentos de solidariedade, bem como pela criação de cooperativas institucionais que priorizam formas horizontais de

gestão; a segunda, ao **fomento de novas parcerias** com vista ao envolvimento de empresas, governo e entidades do terceiro setor, objetivando entradas para o desenvolvimento técnico e proliferação de capital; a terceira, à **criação de redes** que o autor define como “arranjos institucionais inovadores”.

Conforme esses autores, além dessas condições propícias, elencaram cinco fatores determinantes na formação do capital social: organização, confiança, iniciativa, solidariedade social e participação.

Feitas essas considerações teóricas, é importante ponderar que a análise da dinâmica de formação do capital social não se encerra nos modelos apresentados, mesmo porque a temática do capital social ainda está em construção. Contudo, esses modelos servem de referencial para se extrair conceitos importantes na compreensão de como se formam essas redes de integração.

3 PERSPECTIVAS DE DESENVOLVIMENTO E FORTALECIMENTO DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Ao falar-se em redução da pobreza, não há como não vinculá-la ao desenvolvimento local de uma dada região. Mas é importante ponderar que esse desenvolvimento não deve estar vinculado apenas ao viés econômico, pois nem sempre que se tem crescimento econômico, tem-se uma melhoria na condição socioeconômica das pessoas menos favorecidas.

Nessa perspectiva é que o conceito de desenvolvimento local se sustenta na ideia de que as localidades devem dispor de recursos econômicos, humanos, institucionais, ambientais e culturais, nessa linha dispõe Sen (2000, p. 29):

O desenvolvimento tem de estar relacionado, sobretudo com a melhoria da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos influenciando esse mundo.

Assim, a noção de desenvolvimento local encerra em um conjunto de valores, princípios e métodos, profundamente inovadores, através da utilização de práticas radicalmente diferentes das utilizadas, fazendo interagir práticas setoriais em busca de objetivos comuns que visem o desenvolvimento interno de um dado local.

Para Boisier (2000, p. 166), o desenvolvimento local é:

Um processo de crescimento econômico e de câmbio estrutural que conduz a uma melhoria no nível da qualidade de vida da população local, no

qual se pode identificar três dimensões: uma econômica, em que os empresários locais usam sua capacidade para organizar os fatores produtivos suficientes para ser competitivos nos mercados; outra, sociocultural, em que os valores e as instituições servem de base ao processo de desenvolvimento; e, finalmente, uma dimensão político-administrativa em que as políticas territoriais permitem criar um entorno econômico local favorável, protegendo de interferências externas e impulsionando o desenvolvimento local.

Essa prática de desenvolvimento local funcionaria como um exercício dinâmico de cooperação, envolvendo fatores sociais, culturais e políticos que não se regulam exclusivamente pelo sistema de mercado. Nessa forma de desenvolvimento, o crescimento econômico é variável essencial, porém não suficiente para ensejar desenvolvimento social.

Assim, para que o crescimento de uma região reflita em desenvolvimento social, é necessário que políticas públicas sejam estabelecidas no sentido de redistribuir renda. Portanto, salutar é a importância do Estado no estabelecimento de programas de governo que visem o bem-estar social, mas a adoção dessa prática por parte dos governantes tem-se demonstrado deficiente, fato que comprova a impotência das instituições tradicionais.

A democracia mostra a sua fragilidade em não conseguir agregar os interesses da sociedade, demonstrando a atual crise que perpassa as democracias. Nesse sentido, aborda Marcello Baquero, (2004, p. 265, 266):

[...] não só a precariedade da dimensão social torna imperativo pensar em outros modelos e estratégias de análise que proporcionem as bases de construção de uma sociedade plena, com acesso mínimo das pessoas aos bens materiais (moradia, habitação, saúde e educação), mas, sobretudo, a crescente desconexão que se estabeleceu entre o Estado e a sociedade. Tal situação de crise tem produzido a fragmentação e a atomização da sociedade brasileira, limitando severamente seu avanço como entidade autônoma, soberana e com poder de interferência nos negócios públicos.

Esse entendimento, apesar de referir-se à realidade brasileira, é perfeitamente aplicável a várias outras democracias, principalmente as dos países periféricos; refletindo a necessidade de se buscar novas soluções para a resolução das desigualdades sociais.

É dessa necessidade que desponta a importância do capital social que se apresenta, segundo os ensinamentos de Robert Putnam (2007), com algumas características inerentes à utilização de redes de integração como forma de resgatar a confiança e a utilização de normas baseadas em relações de reciprocidade, auxiliando a formação associativa como indutora da prática de atitudes que

fomentem o espírito de cooperação e de solidariedade, fatores propícios para o desenvolvimento local.

Dessa forma, o fortalecimento democrático e o desenvolvimento de uma dada localidade caminham na mesma direção, por isso faz-se necessário o fortalecimento de ideais de confiança, de associativismo e de cooperação entre as pessoas, como uma alternativa capaz de fazer frente à crise de desconfiança nas instituições democráticas.

Nesse aspecto, deve-se promover o capital social como mediação do empoderamento dos cidadãos, fortalecendo o grau de consciência cívica da sociedade no sentido de estarem estimulados a desenvolverem ações que resultem no bem coletivo. Putnam (2007, p. 102) descreve aspectos de uma comunidade cívica que vem referendar esse pensamento:

Em muitos aspectos, os cidadãos de uma comunidade cívica são mais do que meramente atuantes, imbuídos de espírito público e iguais. Os cidadãos virtuosos são prestativos, respeitosos e confiantes uns com os outros, mesmo quando divergem em relação a assuntos importantes. A comunidade cívica não está livre de conflitos, pois seus cidadãos têm opiniões firmes sobre as questões públicas, mas são tolerantes com seus oponentes.

O grau de informação dos cidadãos é fundamental na hora de cobrar dos governantes um desempenho satisfatório. Assim, a participação política dos cidadãos torna-se uma condição imprescindível para um bom desenvolvimento local.

O grau de empoderamento político das pessoas, muitas vezes, aponta os caminhos do desenvolvimento. De modo mais específico, pode-se afirmar que a participação dos cidadãos legitima a democracia e leva, de modo mais seguro, à redução das desigualdades sociais. Nessa linha, esclarece Putnam (2007, p. 103-104):

Diz-se que as associações civis contribuem para a eficácia e a estabilidade do governo democrático, não só por causa de seus efeitos ‘internos’ sobre o indivíduo, mas também por causa de seus efeitos ‘externos’ sobre a sociedade. No âmbito interno, as associações incutem em seus membros hábitos de cooperação, solidariedade e espírito público. [...]. No âmbito externo, a ‘articulação de interesses’ e a ‘agregação de interesses’, como chamam os cientistas políticos deste século, são intensificadas por uma densa rede de associações secundárias.

Assim, em sociedades em que o grau de consciência cívica é elevado tem-se maior força para o estabelecimento de mobilizações, para a liberalização de forças produtivas que visem por em prática um desenvolvimento com fundamento na ética e na sustentabilidade que tenha pôr escopo o bem-estar social.

Nesse campo é que se pode utilizar o capital social como um instrumento de ligação das pessoas, como um meio de fazer surgir no seio da sociedade regras de reciprocidade e de participação cívica com vistas ao desenvolvimento local, promovendo, por fim, o fortalecimento das instituições democráticas.

4 CAPITAL SOCIAL E APLICABILIDADE

Dentro de uma apreciação do *modus operandi* de desenvolvimento e de expansão do capital social e baseado em relações de cooperação entre uma rede de pessoas, percebe-se que para a formação, implementação e um bom desempenho dessas redes, algumas ações poderiam ser tomadas como as indicadas abaixo:

A formação e execução de projetos pedagógicos, nas redes já existentes, com o intuito de auxiliá-las no crescimento e ampliação. Nessa perspectiva, associa-se as ideias de capital social à noção de cultura, esclarecendo Silva Junior (2007, p. 2): “certos padrões culturais possibilitam a fruição de práticas de reciprocidade e cooperação impactando diretamente no desenvolvimento econômico das nações”.

Promoção pelas instituições de ensino de palestras nas comunidades de baixa renda e com pouca perspectiva de alcançar um emprego formal, com o intuito de mostrar para os integrantes dessas comunidades como unidas poderão desenvolver alguma atividade que gere renda. O ideal seria que a instituição, além de incentivar o trabalho coletivo, demonstrasse para as comunidades quais são os serviços mais procurados no entorno delas e como elas poderiam se organizar para oferecer tal serviço. Tassigny (2008, p. 97): “*La Dimensión Democrática tiene como objetivo el fortalecimiento de la ciudadanía, favoreciendo el acceso a las oportunidades de trabajo, por medio de la oferta de cursos de formación profesional*”.

O empoderamento das pessoas, principalmente nas comunidades mais vulneráveis, estabelecendo-se políticas públicas que visem o fortalecimento de sua autonomia, dando a elas perspectivas mais amplas de empreendedorismo, mostrando como há diversas formas de garantir uma existência digna. Conforme Silveira (2006, p. 252):

[...] a defesa da necessidade de fomentar a participação da cidadania se associa ao conceito de empoderamento. Este termo tem sido utilizado em vários países e por diversas áreas do conhecimento, mas, no que se refere a essa discussão, a sua aplicabilidade tem-se concentrado em como desencadear maior envolvimento dos indivíduos em ações cooperativas, solidárias e políticas, capacitando-os para se articularem em prol de interesses coletivos.

Por fim, o estabelecimento de colaborações mútuas entre Estado, setores privados e os mais diversos segmentos sociais, com o escopo de promover o pensamento cívico entre as pessoas, despertando no íntimo da sociedade sentimentos

de solidariedade e responsabilidade social, instrumentos indispensáveis para um desenvolvimento baseado na ética e com vista à redução das mazelas sociais.

CONCLUSÃO

O presente artigo expôs o conceito de capital social, apresentando-o como um instrumento de auxílio no combate à pobreza e como um mecanismo de promoção do desenvolvimento local.

Nessa linha, demonstrou-se brevemente que a atual conjuntura neoliberal incentiva práticas comerciais voltadas apenas para o lucro, fato que repercute de modo negativo nos países periféricos, pois eleva o nível de desigualdade social, propiciando um enfraquecimento de valores de cooperação e solidariedade.

Nesse contexto, as instituições democráticas também perderam força, e cada vez que os governantes não conseguiam traçar políticas públicas eficazes de combate à pobreza, mais os cidadãos se afastavam do centro político, demonstrando uma grande desilusão com as referidas instituições.

É nesse cenário de plena crise das instituições que surge o capital social como um instrumento alternativo na solução desses problemas, por intermédio de suas características de formação de teias sociais integrativas que incitam a consolidação de ideais éticos voltados para a confiança e para solidariedade. Uma sociedade que tem em seu seio ideais consolidados e virtudes cívicas passa a participar mais ativamente da vida política, e a pressionar com mais ênfase seus governantes, resultando de forma reflexa na efetivação de políticas públicas e, por conseguinte, na redução da pobreza.

REFERÊNCIAS

BAQUERO, Marcelo (Org.). **Capital Social, desenvolvimento sustentável e democracia na América Latina**. Porto Alegre: UFRGS, 2007.

BAQUERO, Marcelo. **Formas alternativas de participação política ou naturalização normativa?** Cultura política e capital social no Brasil. **Net**, Florianópolis, out. 2004. Disponível em: < <http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/politica/article/viewFile/1984/1733>>. Acesso em: 15 de mar. 2010.

BAQUERO, Marcelo; CREMONESE, Dejalma (orgs.). **Capital social: teoria e prática**. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

BOSIER, S. Desarrollo (local): ¿ Dé qué estamos hablando? In: BECKER, F; BANDEIRA, S.P. (Orgs). **Determinantes e desafios contemporaneos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000.

CASTRO, Maria Luiza A.C. **A metodologia de redes como instrumento de compreensão do capital social**. Disponível em: < <http://br.monografias.com>>. Acesso em: 18 de mar. 2010.

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas: neoliberalismo e ordem global**. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. 3. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

COSTA, Achyles Barcelos; COSTA, Beatriz Morem da. **Cooperação e capital social em arranjos produtivos locais**. Disponível em:<www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A113.pdf>. Acesso em 31 de mar. 2010.

CREMONESE, Dejalma. **A contribuição do capital social na consolidação da democracia latino-americana**. Disponível em: < <http://br.monografias.com>>. Acesso em: 22 de mar. 2010.

COLEMAN, James S. “Normas como o capital social”. In: RADNITSKY, et al. **Imperialismo econômico: o método econômico aplicado fora do campo da economia**. New York: Paragon, 1987.

DAHL, A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília : UNB, 2001.

DEUS, Maria Helena Botelho Moreira de. **Formação de capital social em comunidade de baixa renda**. Fortaleza: Unifor, 2008.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

FRIEDMAN, Milton. **Neoliberalismo**. Disponível em : <<http://www.suapesquisa.com/geografia/neoliberalismo.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2010.

MARTELETO, Regina Maria; SILVA, Antonio Braz de Oliveira. Redes e capital social: o enfoque da informação para o desenvolvimento local. **Ciência da Informação**. Brasília, v.33, n.3, p. 41-49, set/dez. 2004.

MULS, Leonardo Marco. **Desenvolvimento local, espaço e território: o conceito de capital social e a importância da formação de redes entre organismos e instituições locais**. Disponível em: <www.anpec.org.br/revista/vol9/vol9n1p1_21.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2010.

NETO, Francisco de Paulo; FROES, César. **Empreendedorismo social: a transição para a sociedade sustentável**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002.

NETO, Francisco de Paulo; FROES, César. **Gestão da responsabilidade social: o caso brasileiro**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001.

PUTNAM, Robert D. **Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna**. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas (FVG) 2007.

RATTNER, Henrique. **Prioridade: construir o capital social**. Disponível em: <www.mundodigital.unesp.br/sulamerica/materias/6prioridadesconstruirocapiitalsocial-henriquerattner.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2010.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya Kumar. **Sobre ética e economia**. Trad. Laura Teixeira Motta. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA JÚNIOR, José Deocleciano de Siqueira. **O Capital Social: discussão em torno da construção de um conceito**. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br>>. Acesso em: 22 mar. 2010.

SILVEIRA, Angelita Fialho. O empoderamento e a constituição de capital social entre a juventude. In: BAQUERO, Marcelo; CREMONESE, Dejalma (orgs.). **Capital social: teoria e prática**. Ijuí: Editora Unijuí, 2006, p.251-274.

STIGLITZ, Joseph E. **A globalização e seus malefícios**. Tradução de Bazán Tecnologia e Linguística. São Paulo: Futura, 2002.

TASSIGNY, Mônica. Extensión, ciudadanía e inclusión social: bases conceptuales y el programa de formación para el trabajo. In: **Responsabilidad social de las universidades**. Buenos Aires: Fundación Red Latinoamericana de Cooperación Universitaria (FRLCU), 2008, p. 86-101.

VIEIRA, Ciliane da Rosa; ALBERT, Carla Stefania; BAGOLIN, Izete Pengo. Crescimento e desenvolvimento econômico no Brasil: uma análise comparativa entre o PIB per capita e os níveis educacionais. **Análise**. Porto Alegre, V.19, n.1, p.28-50, jan./jun. 2008.

YUNUS, Muhammad. **Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo**. Tradução de Juliana A. Saad e Henrique Amat Rêgo Monteiro. São Paulo: Ática, 2008.

SOCIAL CAPITAL AND DEVELOPMENT: FIGHTING POVERTY AND STRENGTHENING DEMOCRATIC INSTITUTIONS

Abstract: *In the current geopolitical panorama, a successful policy to fight poverty has not been materialized yet. It lacks especially in countries that are more affected by disrupted social conditions. This framework reflects the crisis of democratic institutions that, due to the lack of effective public policy, makes citizens skeptical about governance. This work of bibliographical nature examines how the dynamics of training and integration of social capital within the community helps to build a civic consciousness and the establishment of effective public policies to fight poverty.*

Keywords: *Social capital. Social development. Democratic institutions.*

Data de recebimento: **jan/2011** – Data de aprovação: **mar/2011**

VENEZUELA: RUPTURAS E CONTINUIDADES

Lorena Magalhães Paiva

Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC). Advogada. Trabalho orientado pela profa. dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu (Unifor)
lorenampadvogada@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1. História. 2. A ascensão de Chávez ao poder. 3. Venezuela: democracia ou ditadura social? Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho pretende analisar a relação entre democracia e direitos sociais na Venezuela, uma vez que o atual governo desse país desenvolve políticas assistencialistas, atendendo aos anseios da população, à medida que restringe seus direitos e garantias fundamentais, pondo em risco a estrutura do Estado Democrático de Direito. A inefetividade de direitos sociais repercute na descrença da população em relação aos governos democráticos, uma vez que estes não têm conseguido lhe proporcionar melhores condições de vida. Assim, essa carência social tem possibilitado a proliferação de regimes autoritários que, em troca da sua manutenção no poder, desenvolvem políticas concretizadoras dos direitos de segunda geração.

Palavras-chave: Democracia. Direitos sociais. Socialismo.

INTRODUÇÃO

A democracia é um sistema político em que o governo se baseia na lei para formular e proclamar alternativas políticas em uma sociedade, assegurando as liberdades fundamentais da pessoa humana. Ocorre que tal proteção jurídica vem sendo ameaçada pelo desenvolvimento disforme da economia, que causa insatisfação popular, haja vista a crescente massa de sobrecidadãos e de subcidadãos, impedidos de ter seus direitos de personalidade desenvolvidos, o que acaba abrindo espaço para a hipertrofia do poder estatal em alguns países latinos, como é o caso da Venezuela.

O presente trabalho se baseia na relevância do estudo sobre os aspectos econômicos, sociais e políticos da Venezuela, uma vez que, com o advento da globalização, não existem mais efeitos restritos a um determinado local. Todo o planeta faz parte de uma cadeia coesa e interdependente, sendo, portanto, alvo das constantes transformações ocasionadas pela ação natural e humana.

A carência social elevada repercute diretamente no exercício da democracia, posto que, a população, diante de um quadro de miséria, fome e analfabetismo, é capaz de abrir mão da sua liberdade em troca de melhores condições de vida. Dessa forma, a inefetividade dos direitos sociais põe em risco o Estado Democrático de Direito, posto que torna a sociedade mais vulnerável a golpes políticos, como os já relatados pela História da América Latina.

Dessa forma, o presente estudo tem relevância no fato de que a política chavista tem influenciado mudanças geopolíticas na América Latina, uma vez que abriu caminhos para uma reordenação geopolítica, que pôde ser observada com a eleição de líderes populares em diversos países.

1 HISTÓRIA

Após anos de colonização hispânica, a história da Venezuela foi marcada pela subjugação dos povos, pela exploração econômica e por guerras. Apenas no início do século XIX, esse país conseguiu se tornar independente. Porém, assim como nos outros países da América Latina, a antiga economia colonial foi responsável pela realidade agrária venezuelana. Até o início do século XX, a economia do país era sustentada pela monocultura de exportação, cujos principais produtos eram o café e o cacau.

Somente a partir da década de 1920, com a descoberta de petróleo em seu território, a Venezuela começou a ver sua economia crescer. Dessa forma, o “ouro negro” venezuelano passou a ser exportado, principalmente para os Estados Unidos, tornando-se o principal atrativo de investimentos externos. “A partir da descoberta do petróleo, em 1920, a Venezuela começa a se transformar em um país urbano, chegando a ter, já em 1920, cerca de 30% de sua população morando nas cidades” (BETANCOURT, 1979, p. 224).

Inicialmente, a economia venezuelana criou alicerces na base do Estado liberal, o que impôs uma divisão internacional do trabalho: de um lado, países do Terceiro Mundo, com uma produção agrícola exportadora e, de outro, países desenvolvidos, com a oferta de produtos manufaturados. Isso causou um déficit no processo de industrialização da Venezuela, o que impossibilitou o seu desenvolvimento autônomo, gerando, pois, uma grande dependência dos polos econômicos mundiais.

No setor político, prevaleceu por quarenta anos o Pacto de *Punto Fijo* (1958-1998), que representava um modelo de democracia conciliatória, garantindo a alternância do poder entre apenas dois partidos, o Social-Democrata Ação Democrática (AD) e o Comitê de Organização Política Eleitoral Independente (COPEI), semelhante ao que aconteceu no Brasil, durante o período da “República do Café com Leite”, quando São Paulo e Minas Gerais controlavam a política do país.

Durante o *Puntofijismo*, houve uma intensificação da ação estatal no setor econômico, tendo sido executadas várias políticas incentivadoras da industrialização por substituição de importações, como a criação de barreiras alfandegárias, a fim de estimular o crescimento da fraca indústria venezuelana, adotando-se, para tanto, a concepção desenvolvimentista dos países capitalistas ocidentais.

Porém, devido à alta dos preços internacionais do petróleo, na década de 1970, a política econômica acima mencionada fracassou. Como consequência, houve uma ascensão da hegemonia liberal, diminuindo, pois, a intervenção do Estado na economia. Segundo José Fiori (2001, p.45) “o pensamento crítico perdera sua vitalidade, e muitos estruturalistas e marxistas aderiram, de uma forma ou de outra, ao projeto liberal conservador que, durante a década de 1990, promoveu uma rodada de modernização conservadora”. Esse modelo político e econômico “provocou um grau de ruína social e deterioração política sem precedentes na história recente venezuelana” (SOARES, 2003, p. 267).

Com o esgotamento desse modelo capitalista, apenas os setores sociais mais próximos ao Estado e à companhia estatal de petróleo tiraram proveito dos lucros advindos do “ouro preto”. A desestruturação socioeconômica, conduzida pelo processo de exclusão e decomposição dos mecanismos de integração social, impossibilitou que a sociedade tivesse acesso aos benefícios advindos do crescimento econômico do país, como saúde, educação, moradia e emprego, o que gerou insatisfação popular e, conseqüentemente, questionamentos acerca das instituições políticas do país (LANDER, 2008, p.114).

Ademais, o *Puntofijismo*, regime político excludente e com estreitas margens de tolerância para uma esquerda cada vez mais radicalizada, gerou a ampliação dos conflitos sociais, que se intensificaram a partir de 1960, quando foram suspensas as garantias constitucionais e confiscadas as publicações da oposição. Diante dessa situação e influenciados pela Revolução Cubana, iniciaram-se várias manifestações populares, por meio de lutas armadas, que ensejaram duas tentativas de golpes militares e o Caracazo, revolta popular contra um plano econômico do ex-presidente Carlos Andrés Pérez, ocorrido em Caracas, capital venezuelana, entre 27 de fevereiro e 1º de março de 1989.

Em resposta a essa revolta, o governo suspendeu parcialmente as garantias constitucionais, estabelecendo toque de recolher, bem como uma forte repressão militar, que foi responsável pela morte de mais de quinhentas pessoas. Ao passo que enfrentava essa crise política, a Venezuela também teve seus problemas econômicos agravados, devido à redução das reservas internacionais, aos déficits fiscais na balança comercial e à elevada dívida externa (LANDER, 2008, p. 117).

Assim, em meio à atmosfera de crise econômica, instabilidade política e exclusão social, surge, nas eleições de 1998, a figura do ex-golpista e militar Hugo Chávez, que se elegeu com 56,2% dos votos válidos, ao criticar o

capitalismo selvagem e defender a proposta de fundar uma nova república, com a ampliação das bases sociais e com o fortalecimento da autonomia nacional, da soberania popular e da igualdade. Tais propostas foram consideradas por muitos o início de uma divergência do modelo neoliberal ditado pelo Consenso de Washington (LANDER, 2008, p. 118).

2 A ASCENSÃO DE CHÁVEZ AO PODER

A crise econômica e a decadência das instituições políticas venezuelanas abriram caminho para a ascensão de Hugo Chávez ao poder, que se apresentou como o candidato contrário ao então sistema vigente, o que lhe conferiu popularidade. Nas eleições de 1998, ao ser eleito o novo presidente da República Bolivariana da Venezuela, Chávez iniciou um ciclo de mudanças. Sua proposta era “refundar o país”, criando a quinta república e, com isso, substituir o modelo de democracia liberal representativa por um modelo político de democracia participativa que tivesse o povo como protagonista (LANDER, 2008 p.124).

Antes de assumir o poder, Chávez anunciou a realização de um referendo sobre uma possível mudança da Constituição nacional, alegando que esta era responsável pela corrupção e pelos problemas do país. Em 1999, ele convocou uma Assembleia Nacional Constituinte, que elaborou a nova Constituição venezuelana, cujo objetivo principal era a efetivação de direitos sociais e o distanciamento da política capitalista.

Além das mudanças institucionais realizadas ao transformar o Parlamento de bicameral em unicameral, e ao modificar a estrutura do Judiciário estabelecendo eleições para juízes, o que possibilitou a subordinação desse poder às vontades do Executivo, o presidente venezuelano “mais recentemente, propôs uma nova alteração na Carta Magna do país, permitindo a reeleição sem número máximo de mandatos para a presidência e uma série de mudanças através de meios democráticos” (MONTEIRO, 2007, p.129), o que põe em dúvida o caráter democrático do governo Chávez, já que a democracia tem como característica fundamental a realização de eleições em intervalos regulares e a garantia à liberdade de manifestação política dos cidadãos (LINZ, 2001, p.244).

Em sua política externa, Chávez defende um projeto de integração dos países sul-americanos objetivando a redução das desigualdades nesse continente, bem como o desenvolvimento econômico e o enfraquecimento da dependência comercial em relação aos Estados Unidos, por meio da consolidação de um mercado alternativo estável para o principal produto venezuelano: o petróleo. De acordo com o pensamento de Carlos Romero (2005, p. 211), o governo chavista tem uma visão econômica “estruturalista e anticapitalista baseada nas ideias do fortalecimento do Estado como instrumento central do desenvolvimento

e do protecionismo à indústria nacional, formando assim um pacote ideológico ‘antiocidental’ configurado em uma cosmovisão anti-imperialista”.

Por intermédio do Mercosul e da criação de alguns instrumentos que proporcionam uma maior integração sul-americana, como a Petrosur, o Banco Del Sur, o Fundo Estrutural Sulamericano e a Telesur, o presidente venezuelano tem estreitado relações com a Bolívia, Argentina, Brasil, Cuba, entre outros países. Ademais, com o fim de se proteger e de expandir a projeção do seu poder, a Venezuela, sob o comando de Chávez, não tem seguido a recomendação global de desarmamento, uma vez que passou a comprar armas da Rússia, com o fim de investir em um programa de modernização das suas Forças Armadas, além de estreitar laços comerciais com alguns países do Oriente Médio, como o Irã, o que causou temor entre as elites capitalistas mundiais.

Nelly Arenas e Luis Calcaño (2002, p. 61) informam que Chávez, mesmo antes de assumir o poder, já anunciava a atenção especial que daria à questão militar, pois ele visava devolver o Exército ao povo, a fim de que aquele servisse aos interesses dos cidadãos. Para isso, o presidente venezuelano criou o “Plano Bolívar 2000”, por meio do qual o governo, empregando recursos militares, técnicos e profissionais, dispôs-se a atender a população mais carente no que tange à saúde, à alimentação, entre outras coisas, demonstrando, claramente, seu caráter populista. Outra proposta de Hugo Chávez, rejeitada pelos demais países latino-americanos, foi a formação de uma aliança militar sul-americana, por meio da criação da Organização do Tratado Sul (OTAS), visando à defesa mútua em caso de eventual ataque dos Estados Unidos da América (OTÁLVORA, 2005, p. 35).

Chávez defende a expansão da Revolução Bolivariana, cujos componentes principais são a busca pela integração latino-americana, os círculos e as missões bolivarianas - programas assistencialistas, criados pelo Executivo, que consistem na distribuição de alimentos e itens de consumo básicos à população, no aumento dos gastos com educação e saúde pública, a fim de promover uma maior inclusão social dos menos favorecidos (MAYA e LANDER, 2007, p. 9-10).

Tais políticas de efetivação de direitos sociais são práticas facilmente identificadas na história do populismo na América Latina, quando “os políticos democráticos perceberam que a probabilidade de serem reeleitos aumenta consideravelmente quando os serviços do Estado melhoram em quantidade e qualidade sem que isso implique maiores impostos” (PEREIRA 2007, p.4.).

Assim, pode-se dizer que o chavismo é marcado pelo discurso populista e carismático de proteção aos menos favorecidos e de defesa dos interesses nacionais, o que é exposto como uma necessidade urgente frente aos “inimigos da nação”. De fato, as condições sociais na Venezuela vêm melhorando desde que Chávez assumiu o poder. De 1990 a 2007, o percentual de pessoas vivendo na linha da pobreza e como indigentes reduziu em 5,5 % e em 1,8%, respectiva-

mente, de acordo com a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). Ademais, nos últimos anos, também houve reduções consideráveis na taxa de analfabetismo e de desemprego, que diminuíram em 6,3% e 6,5%, respectivamente (CEPAL, 2008, online).

Além de políticas sociais, o presidente venezuelano estendeu às camadas populares o direito à participação política do país, sob o fundamento de ampliar a democracia participativa. Porém, ao mesmo tempo em que prega essa participação popular, ele estabelece mecanismos de controle para sufocar qualquer manifestação contrária ao seu governo, desarticulando, assim, as oposições políticas.

Como forma de promover o culto à sua imagem, Hugo Chávez criou o programa de televisão “Alô Presidente”, no qual ele narra uma espécie de autobiografia. Segundo Henrique Krauze (2008, p.277-288), essa é uma estratégia de mídia com o fim de estabelecer um vínculo pessoal e personalíssimo com o telespectador. Com isso, esse governante proporcionou a identificação do chefe de Estado com o próprio Estado, fazendo nascer uma personalização do poder político, o que inibe as possibilidades de construção de uma cidadania e coíbe a horizontalização do poder por meio da descentralização (ARENAS; CALCAÑO, 2002, p.58-59).

Desde que Chávez assumiu a presidência, a tensão entre ele e os poderes regionais e locais tem sido dominante. Segundo Allan Carías (2000, p.4), a nova Carta fixou as bases constitucionais para o desenvolvimento do autoritarismo político, do estatismo, do paternalismo estatal, do partidarismo e do militarismo, pondo em risco a existência da própria democracia. Porém, de acordo com Francisco Rodríguez (2008, online), ex-economista chefe da Assembleia Nacional da Venezuela, entre 2000 e 2004:

Although opinions differ on whether Chávez's rule should be characterized as authoritarian or democratic, just about everyone appears to agree that, in contrast to his predecessors, Chávez has made the welfare of the Venezuelan poor his top priority. His government, the thinking goes, has provided subsidized food to low-income families, redistributed land and wealth, and poured money from Venezuela's booming oil industry into health and education programs. It should not be surprising, then, that in a country where politics was long dominated by rich elites, he has earned the lasting support of the Venezuelan poor.¹

Ao se reeleger pela terceira vez, em 2006, Chávez criou, no intuito de acelerar a revolução, o Partido Socialista Unido da Venezuela e, no ano

¹ N.T. Embora as opiniões sejam divergentes sobre Chávez ser caracterizado como autoritário ou democrático, quase todo mundo parece concordar que, opostamente aos seus antecessores, ele fez do bem-estar dos pobres venezuelanos sua prioridade. Em seu governo, ele forneceu alimentos subsidiados para famílias de baixa renda, terras e riquezas foram redistribuídas, quando ele despejou o dinheiro da indústria de petróleo da Venezuela, que estava em plena expansão, em programas de saúde e educação. Não deveria ser surpresa, então, que, em um país onde a política era dominada por elites ricas, o fato de que ele ganhara o apoio duradouro dos pobres venezuelanos (tradução nossa).

seguinte, anunciou os cinco motores constituintes responsáveis pela consolidação do “socialismo do século XXI”. O primeiro se refere à Lei Habilitante, que dá competência ao Executivo para legislar sobre as matérias necessárias para alcançar o socialismo. O segundo compreende reformas constitucionais necessárias a fim de adequar à realidade do país os aspectos políticos e econômicos socialistas. O terceiro diz respeito a uma campanha de educação moral, política, econômica e social em todas as organizações venezuelanas. O quarto é traduzido por uma redistribuição político-territorial da Venezuela, visando ao equilíbrio político, econômico, social e militar sobre o espaço nacional. E, por fim, o quinto motor é caracterizado pela “explosão revolucionária do poder comunal”, almejando, com isso, a potencialização do poder popular (HARNECKER, 2007, p. 192-193).

O presidente venezuelano defendeu também uma redefinição dos direitos econômicos e da liberdade empresarial, razão pela qual propôs emendas constitucionais que determinaram o monopólio estatal, a fim de promover um modelo econômico produtivo garantidor da satisfação das necessidades sociais. Tais emendas proibiram a existência de latifúndios, sendo estes transferidos ao Estado ou a cooperativas (KRONICK, 2007, p.74).

O “neossocialismo” proposto por Chávez vem sendo alvo de várias críticas, uma vez que é responsável por modificações constitucionais que legitimam “invasões, expropriações, e anúncios de confisco que foram vistos por alguns como indicadores do avanço desse socialismo e, para outros, como ameaças inaceitáveis à propriedade privada e um avanço a um modelo que copia o cubano” (MAYA; LANDER, 2007, p.12).

Assim, apoiado pela classe popular, que visa à efetivação de seus direitos sociais, Hugo Chávez marcou o início de um regime autoritário, fundado em uma nova democracia participativa, em que o povo, por intermédio de referendos populares de caráter consultivo, é posto no centro das decisões, uma vez que, supostamente, é o principal beneficiário de seu governo.

3 VENEZUELA: DEMOCRACIA OU DITADURA SOCIAL?

O Estado Democrático de Direito tem como característica o império da legalidade, sendo, pois, garantido aos cidadãos o respeito às liberdades civis, ou seja, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, por meio do estabelecimento da proteção jurídica. Na visão de Robert Dahl (2005, p.26), a democracia é um “sistema político que tenha, como uma de suas características, a qualidade de ser inteiramente responsivo a todos os seus cidadãos”.

Em uma democracia, “o aparelho ideológico estatal distribui igualmente o poder e racionaliza-o, ao domesticar a violência, convertendo-se em império das leis, no qual se organiza autonomamente a sociedade” (SOARES,

2008, p.216). Nesse sentido, José Afonso da Silva (2003, p.121) afirma que as leis devem modificar o *status quo* sob a diretriz do Estado:

[...] pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade. Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir da realidade social.

Para ele, o povo deve ter participação crescente no processo histórico e na formação dos atos do governo. Deve-se destacar a conjunção entre ação e consciência, técnica e práxis, conhecimento e virtude política. Dessa forma, o direito da democracia deve dar ao povo a atribuição de formação do poder político organizado (HELLER, 1968, p. 292). Fernando Henrique Cardoso, prefaciando a obra de Guiomar Mello (1987, p. 8), afirma que a “questão fundamental para a democracia não é a de dispor-se de uma elite esclarecida. É a de ser sustentada por uma opinião pública instruída, informada, capaz de se organizar nos sindicatos, nas comunidades, na imprensa, em toda parte”.

Na visão de Elena Guitián (2001, p. 125), a participação política do cidadão em instituições democráticas contribui para o seu desenvolvimento moral e social, uma vez que a democracia é o meio necessário para que a sociedade se torne mais livre e igualitária, proporcionando o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e, conseqüentemente, a sua evolução social.

Para a esquerda venezuelana, Hugo Chávez, ao assumir o poder, representou uma vitória da democracia, uma vez que o então presidente eleito tinha como discurso de campanha a moralização da política, com a criação de institutos que ampliariam a participação do povo no processo decisório, bem como o desenvolvimento de políticas assistencialistas, com a implantação do “socialismo do século XXI”, por meio da “Revolução Bolivariana”.

Com essas promessas, Chávez conseguiu aprovação popular para criar todos os instrumentos necessários ao fortalecimento do seu ideal bolivariano, dentre os quais, a modificação da Constituição para que o povo, numa suposta manifestação do seu poder soberano, pudesse lhe confiar, por um número ilimitado de mandatos, o comando da nação, conforme anteriormente abordado. Na visão de Carlos Romero (2005, p.200), a nova Carta Política venezuelana sedimentou:

[...] um novo relacionamento entre o poder político do Estado e as elites venezuelanas, onde prevalecem, desde então, um claro desacordo, com massas iludidas e divididas, o aprofundamento do clientelismo, uma maioria governista instalada em todos os segmentos do poder político e uma série de vitórias oficiais acompanhadas por abstenção elevada.

Corroborando a informação acima, no referendo revocatório realizado no dia 15 de agosto de 2004, Chávez teve seu mandato confirmado por 59%

dos votos, em uma eleição que teve um índice de 30% de abstenção (LANDER, 2008, p.141), o que demonstra o receio por parte da população venezuelana de sofrer retaliações, caso se manifeste contrária ao atual governo. Diante dessa situação, seria possível falar em legitimidade do governo *chavista*?

A resposta para tal indagação requer uma análise mais cautelosa. De fato, as eleições que levaram Hugo Chávez à presidência foram legítimas. Porém, não se pode dizer o mesmo do processo eleitoral como um todo, haja vista a proibição de certos candidatos à concorrência, bem como as inúmeras mudanças no decorrer dos pleitos para beneficiar os seus aliados. Para Michael Coppedge (2002, p. 77), existe uma diferença entre legitimidade democrática baseada na soberania popular – o que não é questionado no governo Chávez – e legitimidade democrática baseada nos princípios liberais democráticos, que foram sacrificados durante o processo eleitoral que pôs o atual presidente venezuelano no poder. Segundo o referido autor, essa distinção capta a tensão existente entre os princípios democráticos, sendo possível fazer uma avaliação da situação da Venezuela, que se apresenta como exemplo paradigmático do conflito entre as bandeiras da democracia.

Diferentemente do que ocorre na Venezuela, a democracia é um sistema político em que o governo se baseia na lei para formular e proclamar alternativas políticas em uma sociedade, assegurando as liberdades fundamentais da pessoa humana, por meio da realização periódica de eleições livres, limpas e pacíficas, possibilitando, com isso, a renovação do poder e, conseqüentemente, a participação de todos os membros da comunidade na vida política da nação, independentemente das suas preferências. Dessa forma, não existem governos com poderes reais e legítimos que não sejam resultado de processos democráticos dos quais possam participar todos os cidadãos (LINZ, 2001, p.226).

Ademais, ressalta-se que o simples ato de votar não é indicador de uma democracia e não mede adequadamente a sua plenitude (SARTORI, 2001, p.524). Além da participação popular por meio do sufrágio universal, a democracia exige a realização de “eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais” (MORAES, 2000, p. 43). O regime democrático tem, portanto, como fundamentos a igualdade e a liberdade política e de expressão.

Chávez tem se utilizado de instrumentos democráticos, como referendos e plebiscitos, para implementar as reformas por ele propostas. Com isso, seus atos são mascarados por uma suposta legitimidade, o que lhe garante uma propaganda positiva perante os outros países. Porém, os antecedentes históricos mostram que tais instrumentos nem sempre correspondem aos sentimentos políticos do povo, podendo ser utilizados como verdadeiras armas por ditadores, como ocorreu na Alemanha, na Itália e na União Soviética, no século XX, quando

Hitler, Mussolini e Stálin, respectivamente, utilizaram o plebiscito como meio de conservação e alargamento dos seus poderes pessoais. Coincidentemente, o presidente venezuelano também tem conseguido fazer o mesmo.

Sobre esse assunto, Paulo Bonavides (2007, p. 312) diz que:

Graças ao sufrágio plebiscitário os ditadores fizeram passar as reformas que desejavam para obter faculdades ilimitadas de poder, prestigiar-se perante a opinião de outros países com o presumido assentimento das classes populares, sancionar a usurpação ou por último fazer legítima a perpetuidade no exercício das funções de governo.

[...] Colocado na ponta de um dilema, que é a alternativa da ordem ou do caos, intimidado por uma coação invisível promanada das esferas oficiais, intoxicado por uma propaganda sistemática e metódica que não deixa espaço à reflexão e à resistência cívica, o povo mansamente se deixa conduzir às urnas como um rebanho e vai ao sacrifício na pura inconsciência ou irracionalidade de semelhante ato.

Não há dúvidas de que tais instrumentos são meios para intervenções legítimas do povo e que contribuem para o aperfeiçoamento e o fortalecimento da própria democracia. Porém, para que possa cumprir sua finalidade, plebiscitos e referendos devem ser utilizados em meio à liberdade, que corresponde ao critério de aferição da legitimidade dessas consultas. “Sem opinião livre, sem povo nas tribunas, não há democracia. O pluralismo é fundamental, o direito de afirmar o sim ou o não inabdicável. O contrário leva à democracia plebiscitária, mil vezes pior que a *democracia relativa*” (BONAVIDES, 2007, p.312, grifos do autor).

Afirma Franz Behemoth (2005, p. 27):

El pluralismo es, pues, la réplica del liberalismo individualista al absolutismo del estado. Desgraciadamente no há podido cumplir lãs tareas que se há impuesto. Uma vez que el estado se reduce a la categoría de uno te tantos órganos de la sociedad y se le priva de su supremo poder coactivo, sólo um pacto entre los cuerpos sociales independientes predominantes dentro de la comunidad puede ofrecer satisfacción concreta a los intereses comunes. Para que puedan realizarse y cumplirse tales pactos, tiene que Haber entre los diversos grupos, alguna base fundamental de acuerdo; em otros términos, la sociedad tiene que ser fundamentalmente armónica².

² N.T. O pluralismo é, pois, a réplica do liberalismo individualista ao absolutismo do Estado. Infelizmente, este não tem cumprido as tarefas que lhes são impostas, uma vez que se reduz à categoria de uma parte da sociedade e se priva do seu poder supremo de coação. Somente um pacto entre os corpos sociais independentes, predominantes dentro de uma sociedade, pode oferecer a satisfação concreta dos interesses comuns. Para que possam realizar e cumprir tal pacto, tem que haver entre os diferentes grupos, alguma base fundamental de acordo, ou seja, a sociedade tem que ser fundamentalmente harmônica (tradução nossa).

Segundo esse autor, a democracia está alicerçada em um acordo de vontades, em um consenso, uma vez que este é essencial para a coexistência harmônica dos diferentes grupos sociais de uma nação. Nessa linha de raciocínio, Robert Dahl (2001, p.404) ensina que, em uma poliarquia³, a ampliação do consenso entre os indivíduos acerca de determinadas decisões é condição fundamental para o desenvolvimento de uma democracia.

A filosofia da democracia, na definição de José Pérez (2001, p. 218), é:

*El método democrático es aquel sistema institucional de gestación de las decisiones políticas que realiza el bien común, desejando al pueblo decidir por sí mismo las cuestiones en litigio mediante la elección de los individuos que han de congregarse para llevar a cabo su voluntad.*⁴

Ademais, o Estado democrático é regido por princípios, como, dentre outros, o princípio da constitucionalidade, que vincula todos os atos dos representantes estatais e dos legisladores à Constituição, revigorando a sua força normativa; o princípio da legalidade da administração, garantindo a supremacia da lei; e o princípio da proteção jurídica e das garantias processuais, que garante um “procedimento justo e adequado, de acesso e de concretização do Direito”, (SOARES, 2008, p.215).

Conforme expõe José Afonso da Silva (2003, p. 119):

O Estado Democrático de Direito se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e perante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, a simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento.

Atualmente, a ideia de democracia “não considera simplesmente o governo da maioria, mas exige que estejam estabelecidas condições para a manifestação autônoma dos indivíduos, sendo, portanto, necessária a proteção de determinadas posições mesmo diante da decisão majoritária” (SANTOS, 2009, p.14), o que não ocorre no atual cenário político da Venezuela.

O presidente venezuelano, utilizando os instrumentos democráticos já mencionados, os recursos do petróleo e uma milícia própria, estimula a repressão às oposições políticas e à liberdade de expressão, por meio da censura aos meios de comunicação, o que vem sendo motivo de grandes críticas interna-

³ Para Robert Dahl (2001), a poliarquia é caracterizada por regimes em que há uma alta disputa pelo poder e uma participação política da sociedade.

⁴ N.T. O método democrático é aquele sistema institucional de amadurecimento das decisões políticas que realiza o bem comum, deixando o povo decidir por si mesmo as questões em litígio, mediante a eleição dos indivíduos que irão se reunir para levar adiante sua vontade (tradução nossa).

cionais. Proibido de sair da Venezuela, o dono da única rede de televisão aberta do país, Guillermo Zuloaga (2009, *online*), disse que:

Quando terminarem de fechar todas as formas de acesso livre à informação, então teremos ingressado em uma ditadura. Chávez quer tirar 240 rádios do ar. Nenhuma das que estão na lista, obviamente, é *chavista*. Também quer proibir que as estações de Caracas transmitam para o restante do país. Se isso acontecer, somente o presidente poderá falar em cadeia nacional. Nas bibliotecas públicas, todos os livros de direita ou que não estavam de acordo com a ideologia oficial foram jogados fora. Os jornais impressos continuam independentes, mas alguns donos já reclamam que não conseguem importar papel, porque o Cadivi não libera os dólares. Na televisão a cabo, o governo está discutindo uma lei para limitar o acesso aos canais venezuelanos. Em relação à Globovisión, o governo não nos deixa ampliar a cobertura para outras cidades. Temos sinal aberto em apenas três cidades.

Além disso, Chávez, por meio do seu poder político, tem estatizado empresas privadas, o que gera descredibilidade e insegurança entre os possíveis investidores estrangeiros, dificultando, pois, a possibilidade de futuros acordos comerciais com outros países. Dessa forma, a perspectiva de crescimento econômico e de desenvolvimento social fica cada vez mais difícil.

Observa-se, pois, que o governo *chavista* se distancia cada vez mais de uma democracia, caminhando em direção à autocracia, posto que organiza o aparato estatal de cima para baixo, reunindo em si todo o poder do Estado e asfixiando qualquer manifestação de oposição, por meio de forte repressão militar. De acordo com o relatório mundial sobre direitos humanos, elaborado pela organização não governamental *Human Rights Watch* (2010, p. 250):

*President Hugo Chávez and his supporters have effectively neutralized the independence of Venezuela's judiciary. In the absence of a judicial check on its actions, the Chávez government has systematically undermined journalists' freedom of expression, workers' freedom of association, and the ability of civil society groups to promote human rights. Police abuses remain a widespread problem. Prison conditions are among the worst on the continent, with a high rate of fatalities from inmate violence.*⁵

Na visão de Mário Soares (2008, p. 223), a proliferação de regimes autocráticos no Estado Constitucional do Ocidente tem como causa a crise das estruturas econômicas, responsáveis pela instabilidade social, que é agravada pela

⁵ N.T. O presidente Hugo Chávez e seus partidários têm efetivamente neutralizado a independência do poder judiciário da Venezuela. Na ausência de um controle judicial de suas ações, o governo Chávez tem, sistematicamente, prejudicado a liberdade de expressão dos jornalistas, a liberdade de associação dos trabalhadores, bem como a capacidade de grupos da sociedade civil promoverem direitos humanos. Abusos da polícia continuam a ser um problema generalizado. As condições das prisões estão entre as piores no continente, com uma alta taxa de mortes por violência a presos (tradução nossa).

descrença da população nas instituições políticas, que têm se mostrado incapazes de efetivar direitos sociais, resumindo suas ações em discursos demagógicos em época eleitoral. Segundo esse autor:

O autocrata emerge como chefe da nação ameaçada, ao recorrer à solução autoritária: a arbitrariedade silencia a lei, através do consenso ou da imposição de um sistema centralizado, acoplado a um novo direito estatal que se ajusta às suas necessidades de preservação no poder, cuja eficácia descansa unicamente do temor do poder coercitivo.

Ele afirma também que o monopólio dos meios de comunicação de massa e do aparelho ideológico da educação é o instrumento utilizado pelo governo autocrático para obter o controle físico da população, pois permite que esta internalize a nova ideologia da nação. Ademais, nesse regime, o culto à personalidade do autocrata evolui para a sua “deificação”, tornando, pois, seus atos inquestionáveis. “Entretanto, a dominação autocrática é transitória, como qualquer forma de tirania, no desenrolar do processo histórico, trazendo em si o germe de sua própria destruição” (ARENDT, 1978, p. 592).

Dessa forma, pode-se observar que o governo esquerdista radical da Venezuela se transformou em uma espécie de ditadura social, que, pregando um discurso nacionalista e prometendo efetivar direitos sociais e ampliar a democracia participativa, ameaça a segurança jurídica e as liberdades civis dos cidadãos em nome da Revolução Bolivariana.

Para Paulo Bonavides (2007, p. 362), o Estado social das ditaduras “revoga o pacto democrático, ao vincular-se irremediavelmente com formas autoritárias, ditatoriais ou totalitárias de monopólio do poder político, sem nenhuma abertura para o livre consenso que congrega a vontade participante da cidadania”. E complementa:

Sua ordem econômica e social está toda encarcerada no arbítrio do Estado, de tal maneira que a Constituição é, quando muito, uma duvidosa e suspeita Declaração de Direitos Sociais, não havendo nela lugar para resguardar e proteger os direitos humanos da participação democrática, ou seja, os direitos políticos da liberdade [...]

Assim, ao passo que restringe direitos e garantias individuais, Hugo Chávez promove uma política assistencialista que dá um mínimo de efetividade de direitos sociais à população venezuelana. Porém, “quando se aparta da liberdade, o Estado social das ditaduras se converte em Estado antissocial” (BONAVIDES, 2007, p. 362).

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) elaborou, entre 2002 e 2004, uma pesquisa intitulada “O Desenvol-

vimento da Democracia na América Latina”. Porém, os resultados obtidos foram paradoxais, pois:

Por um lado, a região pode mostrar, com grande orgulho, mais de duas décadas de governos democráticos. Por outro, enfrenta uma crescente crise social. Persistem profundas desigualdades, existem níveis de pobreza elevados, o crescimento econômico tem sido insuficiente e a insatisfação (expressa, em muitos lugares, por um amplo descontentamento popular) das cidadãs e dos cidadãos com essas democracias tem aumentado. Essa circunstância tem gerado, em alguns casos, consequências desestabilizadoras (PNUD, 2004, p.14).

Uma consequência das desigualdades sociais na América Latina é a descrença da população quanto à capacidade da democracia de promover o desenvolvimento social e econômico. Isso foi demonstrado de maneira assustadora nessa pesquisa, uma vez que 56,3% dos entrevistados afirmaram acreditar que o desenvolvimento econômico é mais importante do que a democracia e 54,7% declararam que apoiariam governos autoritários, delegando poderes extralegais ao Executivo, caso este fosse capaz de resolver os problemas sociais e econômicos de seu país.

Assim, diante do exposto, observa-se que a população venezuelana está inserida no contexto dessa pesquisa, já que vem abrindo mão da democracia em prol da efetivação de direitos sociais, por meio de um governo ditatorial.

Em uma visão otimista, Enrique Krauze (2008, p.341) diz que:

*Chávez ha decretado inexistente, equivocado, muerto ese pasado democrático de Venezuela, pero la muerte que ha anunciado no es sólo prematura: probablemente será ilusoria. La democracia ha recorrido un camino suficientemente largo como para negarse a firmar su propia acta de defunción. Sus caídas han sido continuas y dolorosa pero non definitivas. En America Latina, la democracia se ha perdido muchas veces pero se ha reconquistado.*⁶

Dessa forma, para que a democracia possa prevalecer, os cidadãos venezuelanos precisam criar mecanismos que assegurem a estruturação do poder, a fim de que o povo exerça, de forma plena, a sua soberania, impondo limites às ações do governante, e cobrem políticas de efetivação dos seus direitos sociais.

⁶ N.T. Chávez tem decretado a inexistência, o equívoco e a morte do passado democrático da Venezuela, porém essa morte anunciada não é só prematura: provavelmente será ilusória. A democracia tem percorrido um caminho bastante largo e se nega a assinar o seu próprio atestado de óbito. Suas quedas têm sido contínuas e dolorosas, mas não definitivas. Na América Latina, a democracia tem perdido muitas vezes, mas ela será reconquistada (tradução nossa).

CONCLUSÃO

Inicialmente, Hugo Chávez representou para a Venezuela a esperança de um futuro melhor ao defender a implantação do socialismo do século XXI como forma de efetivar direitos sociais e de ampliar as bases da democracia representativa. De fato, com seus círculos e missões, ele tem promovido políticas assistencialistas que melhoraram as condições de vida da população, mas não é possível dizer o mesmo acerca da democracia.

Chávez justifica seu autoritarismo na necessidade de fortalecer o Estado para que o neossocialismo possa ser implantado com sucesso. De fato, é uma tendência do Estado contemporâneo criar inovações constitucionais que correspondam aos anseios sociais, o que exige uma maior concentração do poder. Porém, isso não pode ser confundido com violência, como vem ocorrendo na Venezuela, pois isso se choca com os princípios democráticos e impede que o Estado, nessa situação, tenha condições de gerir os poderes a ele confiados e de determinar o que é interesse público. A atenção à vontade popular é o que diferencia um Estado forte de uma ditadura.

Para se falar em Estado democrático forte, faz-se necessário que este atenda às concepções de valores fundamentais de seu povo, dando-lhe voz ativa, pois o regime democrático implica em um autogoverno, onde os cidadãos ditam as diretrizes políticas fundamentais da nação. A vontade popular deve ser livremente formada e externada. Portanto, o Estado deve assegurar que a aferição dessa vontade não sofra influência de fatores criados artificialmente. Percebe-se, pois, que a “democracia chavista” diverge em vários pontos da noção tradicional de democracia.

Nota-se, por meio dos resultados da pesquisa realizada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, que a população da América Latina e, em especial a da Venezuela, está “desiludida” com os governos democráticos, posto que estes não foram capazes de gerar emprego e renda suficientes para garantir um patamar mínimo de direitos sociais. O governo de Hugo Chávez caminha em direção à autocracia, por meio de uma espécie de “ditadura social”, caracterizada pelo autoritarismo e assistencialismo.

Assim, conclui-se que os direitos sociais fundamentais compõem a base do Estado Democrático de Direito, sendo, pois, os seus pilares a igualdade e a liberdade. Apenas o equilíbrio entre eles poderá afastar a influência de governantes tiranos, já tantas vezes vistos na história da América Latina, sendo possível, a partir de então, falar-se em democracia.

REFERÊNCIAS

- ARENAS, Nelly; CALCAÑO, Luis Gómez. Modernización autoritária o actualización del populismo? In: ROLLÓN, Marisa (ed.). **Venezuela: rupturas y continuidades del sistema político**. Salamanca: Ediciones Universidad, p.37-68, 2002.
- ARENDT, Hannah. **O sistema totalitário**. Lisboa: Dom Quixote, 1978.
- BEHEMOTH, Franz Neumann. **Pensamento y accion en el nacional socialism**. México: Fundo de Cultura Econômica, 2005.
- BETANCOURT, Rômulo. **Venezuela: Oil and Politics**, Boston: Houghton Mifflin Co., 1979.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CARÍAS, Allan Randolph Brewer. **Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999**. Washington: Georgetown University, 2000.
- COPPEDGE, Michael. Soberania popular versus democracia liberal em Venezuela. In: ROLLÓN, Marisa (ed.). **Venezuela: rupturas y continuidades del sistema político**. Salamanca: Ediciones Universidad, 2002, p. 69-96.
- DAHL, Robert A. Democracia y pluralismo. In: ÁGUILA, Rafael del, et al. **La democracia em sus textos**. Madrid: Alianza Editorial, 2001, p.395-412.
- FIORI, José L. **Polarização Mundial e Crescimento**. Petrópolis: Vozes, 2001.
- GUITIÁN, Elena García. El discurso liberal: democracia e representación. In: ÁGUILA, Rafael del, et al. **La democracia em sus textos**. Madrid: Alianza Editorial, 2001, p.115-156.
- HARNECKER, Marta. Venezuela: golpes y contragolpes. **Comunicação & Política**. Rio de Janeiro, v.25, n. 2, p. 183-198, maio/ago. 2007.
- HELLER, Herman. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968.
- Humam Rights Watch. **World Report 2010**. Disponível em <<http://www.hrw.org/world-report-2010>> Acesso em 28 abr.2010.
- KRAUZE, Enrique. **El poder y el delirio**. Barcelona: Tusquets Editores, 2008.
- KRONICK, Dorothy. Estado de sítio: a proposta de reforma constitucional na Venezuela é um ataque mortal ao setor privado do país. **América economia: revista de negócios na América Latina**. [S.l.], n. 347, p. 74, set. 2007.
- LANDER, Edgardo. Venezuela. Izquierda y Populismo: alternativas al neoliberalismo. In: CHAVEZ, Daniel; GARAVITO, César Rodríguez; BARRETT,

Patrick (org.). **La nueva izquierda en América Latina**. Colômbia: Catarata, 2008, p. 111-148.

LINZ, Juan J. Teoría de la democracia. In: ÁGUILA, Rafael del, et al. **La democracia em sus textos**. Madrid: Alianza Editorial, 2001, p. 225-266.

MAYA, Margarita López; LANDER, Luis E. Venezuela: em direção ao socialismo do século XXI. **Política Externa**. São Paulo, v. 15, n. 4, p. 7-22, mar/maio 2007.

MORAES, Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais**. São Paulo: Atlas, 2000.

OTÁLVORA, Edgar, C. **Aproximación a la Agenda de seguridad de Venezuela com Brasil**. Caracas: ILDIS, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Instituições, bom estado e reforma da gestão pública. IN: ARVATE, Paulo; BIDERMAN, Ciro (Org.). **Economia do Setor Público no Brasil**. São Paulo: Campus, 2007, p. 3-15.

PÉREZ, José Antônio de Gabriel. La crítica elitista de la democracia. In: ÁGUILA, Rafael del, et al. **La democracia em sus textos**. Madrid: Alianza Editorial, 2001, p. 197-224.

PNUD - Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento. **A democracia na América Latina**: rumo a uma democracia de cidadãos e cidadãos. Tradução de Mônica Hirts. São Paulo: LM&X, 2004.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e pré-condições da democracia. In: LIMA, Francisco Meton Marques de; PESSOA, Robertônio Santos (coords.). **Constitucionalismo, Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2009, p. 13-22.

SARTORI, Giovanni. La universalización de la democracia. In: ÁGUILA, Rafael del, et al. **La democracia em sus textos**. Madrid: Alianza Editorial, 2001, 521-531.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOARES, Laura Tavares Ribeiro. Venezuela: possibilidades e limites para um novo modelo de desenvolvimento e de integração regional. In: CARDIM, Carlos Henrique; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (org.). **Venezuela: visões brasileiras**. Brasília: Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2003, p. 267-345.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: novos paradigmas em face da globalização. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ROMERO, Carlos A. Venezuela: de um sistema político a outro. **Diplomacia, estratégia e política**. Brasília, v. 1, n. 2, p. 198-222, jan./mar. 2005.

ZULOAGA, Guillermo. Na Venezuela, só sobrou ele. **Revista Veja**. São Paulo, n.2124, ago.2009. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/veja-5-na-venezuela-so-sobrou-ele>> Acesso em 01 nov.2009.

VENEZUELA: RUPTURES AND CONTINUITIES

Abstract: *This study aims to examine the relationship between democracy and social rights in Venezuela, considering that its current government develops welfare policies, as the population has their fundamental rights and guarantees restricted, endangering the structure of the state democratic rule of law.*

Keywords: *Democracy. Social rights. Socialism.*

Data de recebimento: **jan/2011** – Data de aprovação: **mar/2011**

OS PARADIGMAS EPISTEMOLÓGICOS QUE SUBJAZEM ÀS DECISÕES JUDICIAIS

Telga Persivo Pontes de Andrade

aluna do de Direito da FA7.

telgapersivo@yahoo.com.br

Sumário: Introdução. 1. O evoluir paradigmático e as decisões judiciais. 2. Decisões judiciais e o giro ontológico-linguístico. Considerações finais. Referências

Resumo: Este artigo aborda os problemas filosóficos conexos à teoria do direito contemporâneo e sua hermenêutica. Objetivamos desvelar os paradigmas epistemológicos que povoam o imaginário de nossos magistrados e alicerçam suas decisões. Através de um procedimento metodológico de revisão bibliográfica, intentamos elencar e conceituar cada um desses paradigmas; verificar qual deles predomina no imaginário de nossos juízes e subjaz às suas decisões, de acordo com a literatura atual. Compreender se ao exercer a atividade concretizadora da lei, os juízes perseguem, simplesmente, a verdade unívoca da lei, decidem conforme suas consciências ou entendem-se seres históricos, fruto da intersubjetividade constitutiva, que lhes confere o existencial heideggeriano pré-compreensão, com fulcro na linguagem. Inteligir, por fim, como a escolha de um ou outro desses paradigmas pode suscitar decisões controversas, e em decorrência gerar insegurança jurídica.

Palavras-chave: Paradigma da consciência. Paradigma da intersubjetividade. Giro ontológico-linguístico. Existencial heideggeriano pré-compreensão. Decisões judiciais.

INTRODUÇÃO

A maneira como um juiz interpreta uma determinada norma jurídica depende constitutivamente de sua visão e interação com o mundo; poucos são os que ainda defendem a possibilidade de um magistrado conseguir a neutralidade jurídica, mítica, defendida pelo positivismo.

Compreender e interpretar são indissociáveis, como indissociável é o direito no contexto sócio-histórico e cultural da sociedade sob sua égide; o direito é um construto social, e a norma aplicável ao caso concreto, por sua vez

depende de como, consciente ou inconscientemente, o processo de conhecimento é elaborado na mente do juiz.

Em decorrência dessa imbricação essencial, as sentenças judiciais são reflexo dos paradigmas epistemológicos, que desde a Antiguidade buscam explicar como se processa o conhecimento na mente humana.

Três são esses paradigmas, que, conquanto surgidos em épocas distintas, convivem e subsistem ainda numa feroz contenda até nossos dias no âmbito jurídico.

O primeiro desses paradigmas é o *objetivismo* ou *realismo filosófico*, para o qual o juiz é um mero subsunor de normas, que deve perseguir o sentido unívoco da norma jurídica; para essa concepção o texto legal é possuidor de uma objetividade intrínseca e sobrepõe-se ao intérprete.

Para o segundo, *paradigma da consciência*, o Direito é aquilo que o intérprete quer que seja e as decisões judiciais são tomadas de acordo com o que pensam e creem os juízes.

O terceiro é o *paradigma da intersubjetividade*, oriundo da revolução linguístico-filosófica, que eclodiu no século XX, tendo como mentor o filósofo Martin Heidegger e, um importante seguidor, Hans Gadamer. Para essa concepção o operador do direito (seja ele autor da lei ou quem a aplica), já possui, como *existencial*, um *modo de ser* constitutivo, uma *pré-compreensão* do mundo, e é na linguagem que se dá o *sentido* da norma e não na consciência do intérprete. É a nossa *pré-compreensão* do mundo, no qual somos projetados que determina o sentido do texto.

Este último é o paradigma que alicerça o Estado Democrático de Direito, o qual propugna pelo social, pelo coletivo, pelo intersubjetivo. Ele é fruto das duas grandes revoluções experienciadas pela filosofia e pelo direito no decorrer do século XX: o constitucionalismo e o giro linguístico-ontológico.

Esse é um tema extremamente atual, que discute a crise pela qual atravessa o direito não somente no âmbito de sua operacionalidade, bem como no domínio do ensino-aprendizagem do mesmo nas Instituições de Ensino Superior de nosso País.

O Direito, após a dicotomia introduzida pela metafísica, dissociou-se em teoria/prática, norma/fato, texto/norma, questão de fato/questão de direito sendo levado a um excessivo instrumentalismo, dito de outra forma, ele deixou de ser intuído como ciência da compreensão, para ser utilizado como um instrumento, manipulável pelo operador do direito.

No âmbito educacional, o ensino do Direito abandonou o método de estudo de casos de Christopher Langdell, do qual era pioneiro (SCHÖN, 2000, p. 23). Com isso, o direito distanciou-se cada vez mais dos anseios sociais, não

conseguindo a efetividade necessária para dirimir as contendas jurídicas dos membros da sociedade sob sua égide, cindindo agora validade e legitimidade.

Nosso escopo, nesse artigo, é, através de um procedimento metodológico de revisão bibliográfica, elencar e conceituar cada um desses paradigmas; verificar qual deles predomina no imaginário de nossos juízes, de acordo com a literatura atual, e intentar, por fim, esclarecer a forma como a escolha de um ou outro desses paradigmas pode suscitar decisões controversas, e em decorrência gerar insegurança jurídica.

1 O EVOLUIR PARADIGMÁTICO E AS DECISÕES JUDICIAIS

O Direito encontra-se inserto nas ciências humanas, mais especificamente numa espécie desse gênero, as ciências sociais, cuja característica basilar é entender que, do ponto de vista metodológico, seu objeto de estudo é socialmente condicionado, ou seja, seu objeto, deslocado do contexto das inter-relações sociais, torna-se incompreensível (DEMO, 1987, p.13-14).

A construção do sentido da lei, a maneira como o juiz interpreta a norma está intrinsecamente ligada ao modo de ser e compreender o mundo desse operador de direito.

Silva (2000, p.25), com muita propriedade, nos fala sobre a conexão entre interpretação, sentido do texto, linguagem e hermenêutica:

Nos procedimentos de interpretação ocorrem a concretização do sentido do texto. Este aspecto comunicativo da linguagem é de grande importância para o diálogo hermenêutico, daí a relação fundamental entre linguística e compreensão para o entendimento do fenômeno hermenêutico.

Esse interpretar e compreender o mundo, ou seja, o contexto no qual está ínsita a norma jurídica aplicável ao caso concreto, por sua vez, depende de como, consciente ou inconscientemente, o processo de conhecimento é elaborado na mente do juiz, quando este persegue a vontade da lei, a verdade nela oculta ou quando já possuidor de uma *pré-compreensão constitutiva* busca prolatar uma decisão mais adequada à Constituição.

Segundo Silva (2000, p. 45) “como teoria da interpretação, cabe à hermenêutica a tarefa de fazer *compreender* o sentido do assunto [....]”, e esse compreender está ligado à teoria do conhecimento.

Para Streck (2010, p.14) a crise que ainda hoje assola a hermenêutica jurídica é uma crise intrinsecamente ligada à crise da teoria do conhecimento, portanto desses paradigmas.

Na edificação do repertório conceitual da Ciência Jurídica brasileira manifesta-se a influência de três paradigmas epistemológicos: o objetivismo, o subjetivismo e o intersubjetivismo.

Para o *objetivismo* ou *realismo filosófico*, o juiz é um mero subsun-sor de normas, ao qual compete descobrir o sentido unívoco da norma jurídica; para essa concepção o ato de interpretar é produto da objetividade plenipotenciária do texto, porque a objetividade do mesmo sobrepõe-se ao intérprete; a lei expressa no texto tem vida própria, a lei vale tudo.

A interpretação do direito, intimamente conectada à epistemologia, foi durante séculos caracterizada pelo predomínio do esquema sujeito-objeto preconizado por esse paradigma objetivista e o positivismo foi o local privilegiado dessa relação.

As teorias alicerçadas nesse esquema *sujeito-objeto* trabalham com o dualismo metafísico, que cinde teoria/prática, texto/norma, questão de fato/ questão de direito, interpretação/aplicação, dentre outras rupturas e culmina por rescindir validade/legitimidade (STRECK, 2009a, p. 415-420).

Essas teorias reportam-nos a Aristóteles e sua razão prática, a qual divide a filosofia grega em *filosofia prática*, que indaga pelo certo e pelo errado, e *filosofia teórica*, que pergunta pela verdade ou pela falsidade.

Na era moderna Kant ressuscita esse dualismo, *razão prática/ razão teórica*, em suas obras e introduz um terceiro elemento, qual seja o *sujeito transcendente* e seu solipsismo (*sujeito solipsista*, *Selbstsüchtiger*); de acordo com a razão teórica pura kantiana, o direito seria produto desse *sujeito do co-nhecimento*, que o avaliaria conforme critérios emanados de uma lógica formal rígida (STRECK, 2009a, p.417).

Sobre a nocividade dessa dicotomia kantiana, que persiste ainda hodiernamente no âmbito do direito pátrio, preleciona Ovídio Batista:

A separação entre “direito” e “fato”, inspirada nos dois mundos kantianos, o mundo do ser e do dever ser, que deita raízes no racionalismo dos filósofos do século XVII, permanece intocada na doutrina contemporânea, mesmo que ninguém tenha dúvida de que o Direito, como ciência da compreensão, exista no “fato” hermeneuticamente interpretado (SILVA, 2004 , p.36).

O positivismo finca seus pilares nesse dualismo metafísico e, no âmbito do direito, objetivando a criação de um método e de um objeto seguro para a produção do conhecimento, separa a validade das normas jurídicas (ínsitas na Teoria do Direito), de sua legitimidade (insertas na Teoria Política); ou seja, a teoria do direito, como se tivesse uma objetividade autônoma, afasta-se da lide, dos fatos sociais, dissocia-se da realidade fática, enfim separa o *ente* do seu indissociável *ser*.

Esse movimento filosófico foi influenciado pelas ciências lógicas, e esse fato levou o direito a desenvolver sua racionalidade através da dedução e do silogismo. Ao legislador competia criar regras gerais e abstratas, sendo proibido ao aplicador do direito interpretá-las, cabendo-lhe apenas perseguir o sentido unívoco da lei, pois a objetividade do texto (CARNEIRO, 2011, p. 31-35) sobrepõe-se ao aplicador, garantindo, por conseguinte, a previsibilidade e segurança jurídica.

Descartes, no século XVII, e Leibniz, no século XVIII, propagaram essa pretensa universalidade epistemológica das ciências exatas às demais ciências. Para Descartes o conhecimento das coisas far-se-ia fragmentando-se o objeto em partes menores, e num movimento deducionista, das partes para o todo, chegar-se-ia ao conhecimento pleno (DESCARTES, 2000, p. 49).

No âmbito jurídico essa teoria far-se-ia através da aplicação dedutiva e silogística da lei, a partir da qual, sem inovar ou arguir qualquer juízo de valor, o julgador poderia decidir as lides, convertendo o direito numa ciência pura, isenta de qualquer influência de outros ramos do conhecimento; com isso o direito ganharia em segurança, pois a validade do direito criado pelo juiz repousaria na certeza da lei, criada pelo legislador. Esse paradigma positivista predomina durante toda a metade do século XX (STRECK, 2011, *online*).

Com a modernidade e o *Iluminismo*, dá-se a superação do objetivismo e exsurge o *paradigma da subjetividade* ou paradigma epistemológico da *filosofia da consciência*, e o mundo passa a ser agora explicitado através da razão (STRECK, 2010, p.13).

Nesse contexto paradigmático da relação *sujeito/objeto*, o sujeito cognoscente precisa fazer uma operação mental de sua subjetividade com o objeto a conhecer, ou seja, efetuar a subsunção entre o conceito fático e o conceito normativo (STRECK, 2009a, p.230-231).

Para os adeptos do paradigma da consciência as decisões judiciais são tomadas de acordo com o que pensam os juízes, com suas crenças; dizer a lei, decidir é uma atitude solipsista do intérprete. Esse pensar encontra-se ainda hoje arraigado no imaginário de nossos juristas e ministros do nosso judiciário, conforme se depreende do discurso do Ministro do Supremo Tribunal da Justiça, Luis Felipe Salomão: “[...] Justiça que emana exclusivamente de nossa consciência, sem apego obsessivo à letra fria da lei. [...]” (STRECK, 2010, p.24).

Perfilado com o teor do voto do ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça:

Não me importo com os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. [...] Decido, porém, conforme a minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autoridade intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o enten-

dimento de que os srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim porque pensam assim. E o STJ decide assim porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. (STRECK, 2010, p.25).

Será que o Direito é, realmente, aquilo que o intérprete quer que ele seja, ou é o que está estatuído na Constituição, a qual representa (ou pelo menos deveria representar) os valores e ideais de nossa sociedade? No Estado Democrático de Direito nossa consciência não deveria ser a Constituição Federal? Depois de uma intensa luta pela democracia e por direitos fundamentais estatuídos numa Carta Magna, o próprio resultado do processo dependerá exclusivamente do que a consciência do juiz indicar? E, ao recorrer a uma segunda instância, passará a depender da consciência de outro (ou outros) juiz(es)? Não há limitação de poder na democracia? (STRECK, 2010, p.26).

A Justiça não pode ficar refém da opinião pessoal que cada Juiz ou Ministro tenha a respeito da lei ou fenômenos sociais, pois o sentido dessas leis e desses fenômenos são produtos de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado, solipsista; esses critérios intersubjetivos estão estatuídos na Constituição (STRECK, 2010, p.26).

2 DECISÕES JUDICIAIS E O GIRO ONTOLÓGICO-LINGUÍSTICO

O Direito sob a égide do Estado Democrático de Direito não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O direito sob o paradigma do Estado Democrático de Direito cobra reflexões acerca dos paradigmas que informam a própria jurisdição constitucional (CATTONI, 2004, p.51). Alinhado a esse pensar assevera Streck:

O Estado Democrático de Direito é um novo paradigma porque foi engendrada, no campo do direito constitucional e da ciência política, *uma nova legitimidade*, no interior da qual o Direito assume a tarefa de transformação [...] (2004, p.165).

Com o século XX, a partir do que passou a ser denominado giro linguístico, ou ainda filosofia da linguagem, a teoria do conhecimento é marcada pela ruptura da estrutura cognitiva sujeito/objeto, que alicerçou a epistemologia metafísica durante dois milênios, e nova estrutura cognitiva se impõe, a sujeito/sujeito (CARNEIRO, 2011, p.71); o ato de conhecer transfere-se para o âmbito da linguagem; é na linguagem (e não na consciência do sujeito solipsista), que se dá o sentido das coisas.

A linguagem é nossa condição de estarmos no mundo, e segundo Stein (1997, p.86), o conhecer, o acesso a algo, somente ocorre pela mediação do significado e do sentido.

Nesse período em que o Estado Democrático de Direito está alicerçado no intersubjetivismo, o paradigma que insurge é o linguístico-filosófico, que revolucionou o século XX, chamado paradigma da intersubjetividade, o qual tem em Martin Heidegger seu precursor.

No âmbito da jurisdição constitucional, fundada na fenomenologia hermenêutica, e para essa concepção, em exercendo a atividade jurídica, o operador do direito (seja ele autor da lei ou quem a aplica), já possui, como *existenciale*, um modo de ser constitutivo, uma pré-compreensão da Constituição, uma compreensão antecipada, e é na linguagem que se dá o sentido da norma e não na consciência do intérprete.

É a nossa pré-compreensão do mundo, no qual somos projetados que determina o sentido do texto; explicitando melhor, sob os auspícios dessa concepção, em exercitando o direito, a Constituição deixa de ser algo estático, pontual, ocasional durante o ato interpretativo, para ser parte dinâmica e constitutiva do ato de interpretar (STRECK, 2010, p.18).

Conforme afirma Carneiro (2011, p. 63), em Heidegger:

O que se antecipa não está no sujeito – na consciência – mas sim na *linguagem* à qual o sujeito; uma *linguagem* que é a “morada do ser” e, como tal, condição de possibilidade para a compreensão.

É essa dinâmica, esse movimento que faz com que o direito acompanhe o evoluir histórico da sociedade e, em corolário, do Estado, propiciando-nos um Direito vivo, inserto nos anseios e valores propugnados pelo cidadão.

O motivo de esse paradigma ter seu fulcro na linguagem, quem nos pode explicar é Gadamer; para esse filósofo, a linguagem tem por função elaborar, de forma constante, a síntese entre o horizonte do passado e do presente; e nós nos compreendemos uns aos outros, à proporção que conversamos e usamos as palavras que nos fazem compartilhar as coisas às quais essas palavras se referem. Continua esclarecendo que:

[...] apesar de termos todos uma linguagem diferente, podemos nos compreender além do limite dos indivíduos, dos povos, e dos tempos. [...] as coisas, sobre que falamos, apresentam-se diante de nós como algo comum, quando falamos sobre elas. O que entendemos por verdade – revelação, desocultação das coisas – tem, portanto, sua própria temporalidade e historicidade (2002, p. 71).

Não esqueçamos que o direito é linguagem (STRECK, 2009b, p.186) constituída por signos linguísticos verbais (v.g. decisões, mandados, normas jurídicas etc.) e não-verbais, como a sinalização de trânsito, dentre outras (SANTAELLA, 2007, p. 09-13).

É na linguagem, que a Constituição, nesse contexto hermenêutico está, estejamos ou não cômicos desse fato, presente em todos os atos praticados no exercício da nossa prática jurídica cotidiana.

A Constituição está intrinsecamente imbricada nesse vivenciar jurídico habitual e a Ela recorremos e Dela extraímos sentidos.

Por conseguinte, cada um de nós já traz consigo como um modo fundamental de ser, uma *pré-compreensão* da Constituição, um *existenciale*.

A Filosofia e o Direito no século XX sofreram duas grandes revoluções segundo Streck (STRECK, 2011, *online*), o constitucionalismo e o giro linguístico-ontológico.

Para a epistemologia superar o pensamento metafísico os filósofos levaram mais de dois milênios. De início no paradigma da metafísica clássica os sentidos emanavam das *coisas*, em sua essência; na metafísica moderna na mente do sujeito solipsista, na consciência do sujeito cognoscente; na pós-metafísica passam a ser acessados *na e pela linguagem*.

A dogmática jurídica, inobstante, não aderiu à ruptura paradigmática nem no ensino dos cursos de Direito, nem na práxis, levando a uma ineficácia da Constituição. Indiferente a toda inovação, proporcionada por esse novo paradigma, mais adequado às relações sociais preconizadas pela constitucionalização e pelos ditames do Estado Democrático de Direito, as decisões judiciais avaliadas em regiões diversas de nosso País apontam para uma total discrepância entre o teor delas e os anseios sociais; alicerçado em Warat nos é possível intuir que o imaginário jurídico é apoiado num realismo das significações, onde a razão é construída de forma abstrata e totalmente dissociada dos elementos sócio-históricos, que permeiam as relações sociais dos sujeitos das lides julgadas (WARAT, 1995, p.116); ou seja, o exercício do direito prescinde do contexto social, dos fatos da vida real.

O direito como construto social, oriundo da cultura do povo que rege, deve acompanhá-lo em suas transformações, para que possa regular a contento a vida em comunidade.

Em persistindo na manutenção de paradigmas ultrapassados (ainda reféns do positivismo jurídico e da filosofia da consciência) e inadequados à complexidade das relações sociais atuais, o Estado não consegue efetivar os ditames constitucionais e dirimir a contento as lides sociais.

Este é o estado da arte do *modus paradigmático* de julgar, que perpassa o imaginário jurídico brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Três paradigmas epistemológicos influenciam de forma substancial o exercício do Direito no Brasil: o objetivista, o subjetivista e o intersubjetivista.

Coexistem ainda, no imaginário de nossos juízes, similares aos arquétipos de Jung, os paradigmas objetivista e subjetivista, com predomínio desse último.

Esses paradigmas, embasados nos quais nossos magistrados persistem sentenciando, já deveriam ter sido postergados, em especial o subjetivista, por permitir uma discricionariedade incompatível com o Regime Democrático albergado pela Constituição Federal de 1988.

O paradigma preponderante é incompatível com o Estado Democrático de Direito, por conseguinte, não consegue efetivar os ditames constitucionais, em decorrência de ser oriundo de uma concepção muito individualista, extremamente distanciada dos direitos transindividuais coletivos hoje albergados pela nossa Constituição.

No exercício da atividade concretizadora da lei, os juízes decidem fundados em suas consciências e não se entendem ainda produto da intersubjetividade, com fulcro na linguagem. Em consequência disso, muitas vezes, tais decisões, alicerçadas no paradigma da subjetividade, não refletem aquela deliberação mais adequada à Constituição (por serem proferidas conforme a consciência do intérprete, o qual somente após decidir, tenta fundamentar sua decisão, conformando-a às normas, ou seja, forçando uma interpretação que a valide).

Em decidindo de acordo com suas consciências, essas decisões tornam-se contraditórias, em consonância com o magistrado que as prolata e, conseqüentemente, fonte de insegurança jurídica e incompatível o Estado Democrático de Direito.

O direito é uma ciência prática, por conseguinte não pode se alicerçar num paradigma que afastou das discussões jurídicas as questões concretas da sociedade.

REFERÊNCIAS

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

CATTONI, Marcelo. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 1991.

DESCARTES, René. Discurso do método. In: **Os pensadores**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1999.

SANTAELLA, Lúcia. **O que é semiótica**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SCHÖN, Donald A. **Educando o profissional reflexivo**: um novo design para o ensino e a aprendizagem. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia**: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2009a.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009b.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Crise de paradigmas**. Disponível em: <http://leniostreck.com.br>. Acesso em 09/05/2011.

_____. **Hermenêutica e ensino jurídico em terra brasilis**. Disponível em: <http://leniostreck.com.br>. Acesso em 09/05/2011.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Fabris, 1995.

EPISTEMOLOGICAL PARADIGMS UNDERLYING LEGAL DECISIONS

Abstract: *This article approaches philosophical problems related to contemporary legal theory and hermeneutics. Our objective is to unveil the epistemological paradigms that fill the imaginary of our magistrates and serve as basis for their decisions.*

Keywords: *Conscience paradigm. Intersubjectivity paradigm. Ontological-linguistic turn. Heideggerian existential pre-comprehension. Legal decisions.*

Data de recebimento: **jan/2011** – Data de aprovação: **mar/2011**

FUNDAMENTAÇÃO PRAGMÁTICO-TRANSCENDENTAL DA VALIDADE UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Victor de Resende Mota¹

Aluno do curso de Direito da UFC, orientado pelo prof. dr. Reginaldo Rodrigues da Costa. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq. Membro do Grupo de Pesquisa de Filosofia dos Direitos Humanos (UFC/CNPq). victormota28@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1. Análise pragmático-transcendental dos atos da fala. 2. O argumento pragmático-transcendental de fundamentação última das normas morais do discurso. 3. A validade universal dos direitos humanos e a necessidade de um discurso normativo intercultural. Conclusão. Referências.

Resumo: Apesar de sua enorme importância jurídico-filosófica, a ideia de direitos humanos ainda enfrenta muitos desafios no atual panorama mundial, não apenas referentes à efetivação, mas principalmente à própria justificação perante toda a comunidade internacional. Uma das principais críticas dirigidas aos direitos humanos contesta a sua pretensão de validade universal, afirmando que tais direitos não passam de uma forma velada de imposição da cultura e dos valores ocidentais sobre os outros povos. Contra essa postura relativista, o presente trabalho busca desenvolver o argumento pragmático-transcendental de Karl-Otto Apel, por meio do qual se pretende revelar as normas morais pressupostas em toda argumentação com sentido, a fim de fundamentar racionalmente a possibilidade de universalização dos direitos humanos e de um discurso normativo intercultural que possa harmonizar esses direitos com as peculiaridades das diversas culturas sem sacrificar seu poder crítico e emancipador.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Universalismo. Pragmática transcendental.

¹ Bacharelando do 5º Semestre da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista de Iniciação Científica do CNPq. Membro do Grupo de Pesquisa de Filosofia dos Direitos Humanos (UFC/CNPq). E- mail: <victormota28@hotmail.com>

INTRODUÇÃO

Principalmente após a Declaração Universal da ONU (1948), os direitos humanos passaram a obter força normativa cada vez maior, não apenas no cenário internacional, com a celebração de vários acordos entre grande número de países (como o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, com 154 Estados-partes, e o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais com 151 Estados-partes), mas também no ordenamento jurídico interno de diversos Estados, graças à influência exercida na elaboração de suas Constituições e na formulação de seus catálogos de direitos fundamentais, além da incorporação dos tratados e convenções internacionais ao direito nacional. “A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção” (PIOVESAN, 2007, p.13).

Com o progressivo desenvolvimento e fortalecimento do sistema normativo global e dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, grandes juristas de diversos países passaram a ter a preocupação cada vez maior de destacar e reforçar a indivisibilidade e, sobretudo, a universalidade desses direitos, haja vista que o próprio conceito de direitos humanos pressupõe que a sua titularidade se estenda a todas as pessoas tão somente pela sua humanidade.

O que normalmente se percebe, entretanto, é que essa universalidade tão propalada pelos defensores dos direitos humanos não é adequadamente justificada, sendo fundada na mera crença em sua validade, em um suposto consenso vigente entre os países ou simplesmente no fato de assim estar estabelecido nos tratados internacionais. A título ilustrativo dessa tendência, pode-se citar Flávia Piovesan (2007, p.13): “Universalidade [...] clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a *crença* de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos” (Grifo nosso). Também Cançado Trindade (2003, p.37) afirma no mesmo sentido: “Subjacente a esta evolução [dos direitos humanos] encontra-se a *crença*, já sedimentada na consciência coletiva, na dignidade inerente à pessoa humana” (Grifo nosso). Ainda segundo o ilustre jurista, “a universalidade dos direitos humanos [...] vem ser sustentada, em termos inequívocos, nas duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993).” Desse modo, ao invés de os documentos internacionais de direitos humanos se basearem na validade universal de tais direitos, por vezes, é o contrário que se defende.

As formas usuais de justificação da validade universal dos direitos humanos, por serem dogmáticas e se basearem principalmente em elementos fáticos, como a crença, os tratados internacionais ou os consensos vigentes, acabam fragilizando a própria capacidade normativa e a possibilidade de aceitação desses

direitos, ensejando diversas críticas principalmente por parte dos relativistas, que afirmam serem tais direitos apenas uma forma velada de imposição dos valores ocidentais sobre as demais culturas e cosmovisões. “Na crítica dos relativistas, os universalistas invocam a visão hegemônica da cultura eurocêntrica ocidental, na prática de um canibalismo cultural” (PIOVESAN, 2007, p.17).

Diante desse quadro, o presente trabalho visa empreender uma tentativa de fundamentação racional da validade universal dos direitos humanos e da possibilidade de um discurso normativo intercultural em que tais direitos possam ser discutidos e harmonizados com peculiaridades culturais diversas sem perder sua força crítica e normativa. Para tanto, apresentar-se-á, em linhas gerais e em seus traços fundamentais, a argumentação pragmático-transcendental de Karl-Otto Apel, que almeja revelar as condições normativas necessariamente pressupostas em toda argumentação com sentido, buscando chegar às normas morais fundamentais e possibilitadoras do discurso sério, isto é, pretende-se atingir as normas de fundamentação última da ética e do discurso prático, as quais não podem ser negadas pelos relativistas ou céticos sem que estes caiam em contradição com seus próprios pressupostos.

A metodologia adotada é de caráter bibliográfico, tendo sido utilizadas principalmente obras de Karl-Otto Apel, por ter ele desenvolvido o argumento pragmático-transcendental, e de Jürgen Habermas, pelas importantes contribuições ao esclarecimento e à formulação desse argumento e de conceitos que lhe são fundamentais.

1 ANÁLISE PRAGMÁTICO-TRANSCENDENTAL DOS ATOS DA FALA

A proposta apeliana de fundamentação última da ética tem como um dos principais pontos de partida teóricos a teoria dos atos da fala, desenvolvida principalmente por John Austin e John Searle e modificada por Jürgen Habermas em sua pragmática formal.

Uma das principais inovações da teoria dos atos da fala é a de que, ao se dizer algo, também se faz alguma coisa dentro do mundo social, de relações interpessoais normativamente reguladas, ou seja, falar consiste em uma série de ações com repercussões sociais em certo grupo linguístico. Assim, atos, como ordenar, prometer, pedir, casar e batizar, por exemplo, desempenham-se linguisticamente, mas seus elementos centrais não residem no que é dito, mas no que é feito por meio deles e nos vínculos humanos que permitem estabelecer e conservar.

Enquanto a semântica formal da filosofia analítica examina as proposições independentemente do contexto em que foram proferidas e das intenções dos falantes, orientando suas investigações apenas em função das

condições de verdade dos enunciados linguísticos e destacando apenas a função representativa da linguagem, a teoria dos atos da fala vai além dessa limitação metodológica e põe em relevo a dimensão pragmática da fala humana, destacando a função socialmente vinculante e comunicativa da linguagem, sem abstrair das intenções e dos pressupostos comunicativos dos interlocutores e sem negligenciar as regras subjacentes ao uso das expressões linguísticas nas situações de fala.

Para a fundamentação última da ética, importa, sobretudo, destacar duas contribuições teóricas baseadas na teoria dos atos da fala. A primeira delas é a tematização da dupla estrutura performativo-proposicional do discurso humano. O aspecto performativo ou ilocucionário (força ilocucionária) de uma oração consiste no que é feito pelo falante com a expressão linguística e no modo pelo qual o conteúdo dessa expressão se apresenta ao ouvinte, ou seja, é o seu caráter de afirmação, ordem, pedido, pergunta, promessa, dentre outras tipologias. A parte proposicional ou locucionária (conteúdo proposicional), por sua vez, é o que é dito pela oração, isto é, trata-se do que é afirmado (predicação) acerca de algo (referência).

Uma importante consequência dessa divisão é a capacidade reflexiva das linguagens naturais por meio da qual os falantes competentes são capazes de refletir criticamente sobre a linguagem por meio dela mesma. Sobre isso fala Habermas (2002, p.67): “A esta dupla estrutura do discurso está ligada uma característica básica da linguagem: a sua inerente reflexividade. As possibilidades [...] de mencionar [...] o discurso apenas tornam explícita uma autorreferência que já se encontra contida em todos os atos de fala”.

Outro tópico de grande relevância para a fundamentação última é a formulação habermasiana das pretensões de validade vinculadas ao aspecto performativo dos atos da fala. Segundo Habermas, quando se age comunicativamente, isto é, usando a linguagem para o entendimento mútuo, atrelam-se quatro pretensões de validade aos atos de fala proferidos: sentido (inteligibilidade), verdade, sinceridade ou seriedade e correção normativa.

A pretensão de sentido refere-se à capacidade de o enunciado linguístico ser adequadamente compreendido pelo ouvinte e é condição das demais pretensões. A pretensão de verdade tematiza o conteúdo proposicional da oração proferida e sua relação com os fatos do mundo objetivo. A pretensão de correção versa sobre a adequação do proferimento ao contexto normativo subjacente à situação da fala, isto é, à sua adequação a valores e normas pressupostas pelos interagentes ou, em discursos práticos, tematiza a própria validade intersubjetiva dessas normas. Por fim, a pretensão de sinceridade diz respeito à correspondência entre o que é expresso linguisticamente pelo falante e seus reais estados psicológicos.

De acordo com a pretensão de validade destacada e com a função predominante da linguagem envolvida em um proferimento, os atos de fala foram classificados pelo filósofo em três classes: os *constatativos* (como é o caso de

afirmações, classificações e descrições), em que se sobressaem a pretensão de verdade e a função cognitiva da linguagem (representação de fatos no mundo objetivo); os *regulativos* (como é o caso de ordens, pedidos e promessas), em que se ressaltam a pretensão de correção e a função interativa da linguagem (estabelecimento de uma relação interpessoal legítima no mundo social); os *expressivos* (como é o caso de confissões, desejos, declarações de intenção), em que se destacam a pretensão de sinceridade e a função expressiva da linguagem (revelação de conteúdos psicológicos e experiências íntimas do mundo subjetivo). Conclui Habermas (2002, p.67): “Através dos seus atos ilocutórios [atos da fala], tanto o falante como o ouvinte apresentam pretensões de validade, cujo reconhecimento exigem”.

Desse modo, ao proferir atos da fala (atos ilocucionários), o falante atrela-lhes simultaneamente as quatro pretensões de validade supracitadas, porém sempre destacando uma delas de acordo com seus propósitos comunicativos. Com tal teoria, ultrapassa-se a abordagem estritamente semântica da filosofia analítica, sistematiza-se e aprimora-se a ideia básica de Austin de que os atos da fala possuem diversas condições de validade, isto é, de aceitabilidade e reconhecimento intersubjetivo, que não se limitam às condições de verdade, como queria a semântica formal: para ser válido, por tanto, um ato da fala precisa ser inteligível, sincero ou sério, verdadeiro e correto ou adequado.

Consistindo em reivindicações de que as condições de validade dos atos de fala proferidos são satisfeitas, as pretensões de validade apresentadas implicitamente pelo falante acarretam-lhe uma obrigação de fundamentação: a de fornecer fundamentos para justificar a verdade dos atos de fala constatativos e a de fornecer a justificativa que o autoriza a realizar o proferimento no caso dos atos de fala regulativos. Tais pretensões de validade são ainda discursivamente criticáveis e problematizáveis, devendo, quando necessário, ser discutidas no discurso argumentativo em busca de um consenso. Concluímos, com Reginaldo da Costa (2002, p. 254), que “todas as nossas pretensões à validade, como, por exemplo, a pretensão à verdade e à correção normativa, são constituídas linguisticamente e só linguisticamente (isto é discursivo-argumentativamente) podem ter sua validade atestada”.

2 O ARGUMENTO PRAGMÁTICO-TRANSCENDENTAL DE FUNDAMENTAÇÃO ÚLTIMA DAS NORMAS MORAIS DO DISCURSO

2.1. ESTRUTURA LÓGICA DO ARGUMENTO PRAGMÁTICO-TRANSCENDENTAL

Um argumento recebe a qualificação de transcendental, grosso modo, se, a partir de algo reconhecidamente aceito como indubitável, conclui-se

a existência de outra coisa que seja sua condição necessária de possibilidade e validade. Trata-se, em sua estrutura lógica elementar, de um *modus ponens*: “se A é, então B é; como A é necessariamente; então B é necessariamente”, sendo A um objeto cuja existência é reconhecida como inegável e sendo B a condição necessária de sua possibilidade e validade, cuja existência necessária é provada a partir da constatação de que A sempre se verifica. Robert Alexy (2010, p. 105-106) dá a seguinte definição:

Aqui, devem, como “transcendentais”, ser designados argumentos que se compõem, pelo menos, de duas premissas com a estrutura seguinte: a primeira premissa identifica o ponto de partida do argumento, que consiste de coisas como percepções, ideias ou atuações linguísticas e afirma, desse ponto de partida, que ele, em algum sentido, é necessário. A segunda premissa diz, a seguir, que algumas categorias ou regras são necessárias se o objeto escolhido como ponto de partida deve ser possível. A conclusão diz, finalmente, que essas categorias ou regras devem valer necessariamente.

Um argumento pragmático-transcendental, portanto, é aquele que parte da inevitabilidade da argumentação e da comunicação humanas para provar a existência de seus pressupostos necessários.

2.2. A NECESSIDADE DA ARGUMENTAÇÃO

Em primeiro lugar, portanto, deve-se justificar em que sentido a argumentação deve ser entendida como “necessária”. Em seu cotidiano no mundo da vida, os indivíduos ao agirem comunicativamente, isto é, visando à compreensão e ao entendimento mútuos, levantam implicitamente pretensões de validade que devem ser aceitas pelo interlocutor. Quando, porém, tais pretensões são problematizadas, passa-se da esfera da ação para a do discurso argumentativo, em que essas pretensões serão analisadas e discutidas.

Em nenhuma forma de vida, independentemente dos valores ou da cosmovisão preponderante, há como fugir completamente da ação linguística orientada para o entendimento, por meio da qual os indivíduos aprendem, ensinam, trocam experiências, colaboram uns com os outros e planejam ações conjuntas. É também por meio da ação comunicativa que se desenvolve o próprio processo de formação e afirmação da identidade e de assimilação dos valores e dos costumes da comunidade. Segundo Habermas (2003, p. 125), “um salto prolongado para fora dos contextos do agir orientado para o entendimento mútuo [...] significaria a retirada para o isolamento monádico do agir estratégico – ou para dentro da esquizofrenia ou suicídio. A longo prazo, ele é autodestruidor”. Consequentemente, não há como se subtrair totalmente ao discurso argumentativo, que continua e

aprofunda os pressupostos já presentes do agir comunicativo. Enfatiza o filósofo alemão (2003, p. 123) que “não existe nenhuma forma de vida sociocultural que não esteja pelo menos implicitamente orientada para o prosseguimento do agir comunicativo com meios argumentativos”.

Também, na reflexão solitária, o sujeito que delibera consigo mesmo pressupõe uma estrutura linguística pública, cujas regras de argumentação, termos e expressões aprendeu a usar graças a outras pessoas, estando necessariamente inserido, portanto, em uma comunidade discursiva. Além disso, quando faz uma reflexão, delibera para tomar uma decisão e pondera razões e interesses, o indivíduo também levanta implicitamente pretensões de validade que deveriam potencialmente ser sustentadas e aprovadas perante todos os demais, ou consoante fala Perelman, perante o “auditório universal”. Com efeito, afirma o ilustre teórico da argumentação (2005, p. 45-46):

O sujeito que delibera é considerado, em geral, uma encarnação do auditório universal. Com efeito, parece que o homem dotado de razão, que procura formar-se uma convicção [...] não pode, crê-se, deixar de ser sincero consigo mesmo e é, mais do que ninguém, capaz de experimentar o valor dos próprios argumentos [...] O acordo consigo mesmo é apenas um caso particular de acordo com os outros.

Desse modo, seja com os outros, seja consigo mesmo, o ser humano, enquanto ser racional, dotado da capacidade de agir, falar e pensar, não pode renunciar à ação linguística orientada ao entendimento e a se guiar por meio de pretensões de validade, que exigem, quando problematizadas e questionadas, o discurso argumentativo sério a fim de que possam ser adequadamente discutidas e de que o consenso possa ser restaurado. Concluimos, pois, com Habermas (2003, p. 123) que “o salto [...] para fora da argumentação e do agir orientado para o entendimento mútuo leva-o [o cético] a um impasse existencial”.

2.3 A REFLEXÃO PRAGMÁTICO-TRANSCENDENTAL E OS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS DO DISCURSO

É no domínio da argumentação, em que são discutidas as pretensões de validade problematizadas na ação comunicativa, que tem lugar a *reflexão pragmático-transcendental* sobre as condições normativas pressupostas em todo ato argumentativo dotado de sentido. Como esclarece Manfredo de Oliveira (1993, p.68): “... A pragmática transcendental faz da reflexão transcendental uma reflexão sobre as condições de possibilidade e validade da argumentação sensata”.

Tal perquirição transcendental tem como princípio orientador a não autocontradição performativa, que consiste em evitar a contradição do conteúdo

proposicional de um ato ilocucionário com o conteúdo de um dos pressupostos necessários do seu componente performativo. Esse princípio é a principal ferramenta metodológica para a descoberta das pressuposições universalmente necessárias em toda discussão com sentido, atuando como uma navalha de modo a discernir os fundamentos últimos da argumentação de suas premissas meramente contingentes. Habermas (2003, p. 102) dá a seguinte definição: “... contradição performativa [...] surge quando um ato de fala constativo ‘Cp’ se baseia em pressuposições não-contingentes cujo conteúdo proposicional contradiz o enunciado asserido ‘p’”.

A contradição performativa (transcendental-pragmática) deve ser ainda distinguida de outras duas espécies de contradição: a semântica ou proposicional (que se dá entre os conteúdos proposicionais de atos da fala distintos) e a pragmática empírica (que se dá entre o conteúdo proposicional de um ato ilocucionário e as ulteriores ações do falante).

Valendo-se, portanto, do princípio da contradição performativa, a pragmática transcendental busca os fundamentos intranscendíveis da argumentação e, por conseguinte, as suas normas morais possibilitadoras, que constituem a fundamentação última da ética, porquanto não podem ser negadas pelo cético nem pelo relativista sem que estes incorram em autocontradição performativa. Tais proposições fundamentais são discerníveis pelo seguinte critério: não podem ser negadas sem autocontradição performativa e não podem elas mesmas ser fundamentadas sem que haja petição de princípio.

Ao empreender a reflexão transcendental na busca dos pressupostos normativos da argumentação, Apel busca refutar o *solipsismo metodológico*, postura teórica segundo a qual o sujeito cognoscente pode chegar sozinho a enunciados intersubjetivamente válidos (verdadeiros e corretos), amparado por uma relação direta e imediata com os dados sensoriais ou com as ideias ou intuições da razão e do intelecto (relação sujeito-objeto).

Para refutar essa perspectiva epistemológica do pensador solitário, Apel (2001, p. 46) tenta mostrar que “cada pensamento ou cognição de algo enquanto algo [...] precisa já pressupor a mediação de seu significado intencional por meio da linguagem pública” (tradução nossa), isto é, a reflexão e o próprio pensamento são constituídos de termos e expressões que se aprendem no seio de uma comunidade de falantes e sua estrutura se baseia na argumentação pública, que também é assimilada de tal comunidade.

No uso das palavras e frases, portanto, já se pressupõe um acordo intersubjetivo sobre o seu sentido, isto é, o reconhecimento das regras da linguagem e da comunicação no âmbito de uma relação sujeito-sujeito, a qual ocorre no seio de uma comunidade linguística historicamente determinada. Segundo Apel (2000, p. 407), “o acordo mútuo intersubjetivo enquanto mediatização da tradição é, ele

sim, a condição de possibilidade e de validade transcendental-hermenêutica de toda cognição objetivamente orientada”. A própria “objetividade”, portanto, passa a ser compreendida como validade intersubjetiva alcançada em um consenso numa comunidade discursiva. Aduz ainda o filósofo (2000, p. 321) que “não é possível pensar um sujeito, em princípio solitário e autárquico [...] por causa da dependência da linguagem de todo pensar intersubjetivamente válido de algo enquanto algo”.

Apesar de reconhecer que a consciência individual constitui uma mediação importante entre o sujeito e o mundo, sendo também um pressuposto necessário de seu pensar e agir, a pragmática transcendental vai além da filosofia moderna da consciência para assinalar a importância fundamental da mediação da linguagem na formação de nossos pensamentos, na interpretação e na pré-compreensão do mundo, além de destacar que mesmo aquele que pensa isoladamente não o faz sozinho, mas com os outros, porquanto sempre pressupõe uma comunidade linguística, cultural e histórica da qual faz parte e na qual construiu sua personalidade mediante um processo de aprendizado e socialização. Concluímos, pois, com Apel (2001, p. 46): “Mediante reflexão transcendental podemos descobrir que, juntamente com o pensar sério enquanto argumentar, nós já sempre devemos pressupor a existência e a cooperação de parceiros discursivos” (tradução nossa).

Desse modo, por meio da reflexão sobre as condições de possibilidade e da validade da argumentação, chega-se ao *a priori* da comunidade de comunicação, pressuposta sempre em cada ato argumentativo de forma dupla: quem argumenta pressupõe uma *comunidade real de comunicação*, da qual efetivamente faz parte, e antecipa contrafaticamente uma *comunidade ideal de comunicação*, potencialmente ilimitada, capaz de compreender seus argumentos e julgar-lhes a validade de modo definitivo.

Com efeito, ao argumentar, pressupõe-se a pertença à determinada comunidade cultural e histórica, na qual se aprendeu o uso do idioma e se forjou a personalidade e da qual se assimilaram valores e tradições. O homem, enquanto ser social e político, de fato, constroi sua própria identidade a partir da visão que os outros dele fazem e a partir dos papéis que desempenha em sua comunidade linguística. Trata-se da comunidade real de comunicação, cujo reconhecimento já demonstra a impossibilidade do solipsismo.

Além de uma comunidade histórica, no ato de argumentação, pressupõe-se também uma comunidade ideal e virtualmente ilimitada de comunicação. Ao apresentarem suas pretensões de validade em um discurso, os falantes necessariamente pressupõem que tais pretensões poderiam ser argumentativamente defendidas perante qualquer um em qualquer tempo ou lugar, ou seja, as genuínas pretensões de validade (sentido, sinceridade, verdade, correção) são universais no sentido de que devem ser reconhecidas não apenas

em um auditório particular com determinadas características socioculturais, mas perante um auditório universal, isto é, toda humanidade, independentemente do específico contexto histórico ou cultural. Quanto a isso esclarece Habermas (2004, p. 254): “O que consideramos verdadeiro deve ser defendido com razões convincentes não só em outro contexto, mas também em todos os contextos possíveis, ou seja, a todo momento e contra quem quer que seja.”

Tal comunidade ideal apresenta determinadas normas de cunho moral cuja observância é condição necessária da possibilidade e da validade de uma argumentação séria. Apesar de essas condições normativas muitas vezes não serem efetivamente cumpridas, são sempre pressupostas por qualquer falante que pretenda engajar-se num genuíno discurso argumentativo sob pena de incorrer em autocontradição performativa caso se rejeitem tais normas. A comunidade ideal de comunicação é, pois, antecipada contrafaticamente (contra os fatos), porque, muitas vezes, não se verifica na comunidade real, mas é sempre pressuposta independentemente da vontade, dos interesses ou das expectativas dos envolvidos, porquanto as normas pragmático-transcendentais não dependem das inclinações dos falantes, mas das pressuposições inevitáveis feitas pelos que argumentam e das próprias regras da argumentação e da linguagem.

Segundo Apel (2001, p. 47-49), na antecipação da comunidade ideal, pressupõe-se o postulado do consenso, segundo o qual os participantes do discurso querem e se disponibilizam a resolver todas as controvérsias só mediante argumentos, sem recurso à violência, ameaça, fraude, persuasão, suborno e outras formas de negociação estratégica. Todos concentram suas energias, portanto, para atingir o consenso racional em que deve prevalecer só o melhor argumento. Além disso, o filósofo também defende que duas normas fundamentais são sempre pressupostas no discurso: o reconhecimento de direitos iguais a todos por cada participante da argumentação e a responsabilidade solidária entre eles pela identificação e solução dos problemas do mundo da vida no domínio argumentativo. Fundamentalmente, Habermas (2004, p. 254) concorda com a antecipação dessas normas ideais:

Quem sempre entra numa discussão com a séria intenção de se convencer de algo na conversa [...] deve supor [...] de maneira contrafactual uma situação de conversação que preenche condições improváveis: publicidade e inclusão, participação com direitos iguais para todos, imunização contra coerções externas e internas, como também a orientação dos participantes pelo entendimento mútuo.

A partir dessas normas pragmático-transcendentais antecipadas contrafaticamente, afirma Apel, juntamente com Habermas, chega-se ao princípio moral fundamental, que este último pensador cunhou de *Princípio da Universalização* (U):

Qualquer norma válida deverá satisfazer a condição de que as consequências e os efeitos secundários que resultem previsivelmente da sua observância universal para a satisfação dos interesses de cada indivíduo, possam ser aceites livremente por todos os afetados (HABERMAS, 1999, p.34).

Sintetizando, pois, o argumento pragmático-transcendental de fundamentação da ética, pode-se dizer que a argumentação é uma atividade indispensável para o ser humano, da qual ele não pode abdicar sob pena de exclusão voluntária da sociedade e de perda da própria capacidade de autocompreensão e que tal atividade argumentativa pressupõe necessariamente certas condições normativas que não se podem negar sob pena de se cair em contradição consigo mesmo e com as próprias pressuposições.

3 A VALIDADE UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E A NECESSIDADE DE UM DISCURSO NORMATIVO INTERCULTURAL

Das normas pragmático-transcendentais (inclusão de todos aqueles que podem tomar parte no discurso, igualdade de direitos e igual consideração das necessidades e interesses de cada um, liberdade, ausência de coação externa e interna, responsabilidade solidária na identificação e solução dos problemas práticos) chega-se ao princípio da universalização, que é, por sua vez, uma norma procedimental que atua como parâmetro de validade de normas concretas de ação e que é fundamental como guia e diretriz na realização de um discurso normativo intercultural.

Para que não se trate de um processo arbitrário e unilateral, a validade universal dos direitos humanos, isto é, seu reconhecimento e acolhimento intersubjetivos pela comunidade internacional se devem dar por meio de um diálogo normativo intercultural, abrindo-se espaço para múltiplas possibilidades de leitura e de interpretação de tais direitos de modo a harmonizá-los a visões de culturas diversas. Sobre isso, afirma o pensador alemão Heiner Bielefeldt (2000, p. 32): “Em função da universalidade dos direitos humanos, o debate intercultural é inevitável.”

Esse diálogo, entretanto, não pode sacrificar o poder crítico e emancipador dos direitos humanos, deformando-os e destituindo-os de sua função de salvaguardar a dignidade e a autonomia dos seres humanos, enquanto seres racionais, que pensam, agem e falam. Não se pode, pois, admitir um discurso intercultural que busque apenas “o denominador comum” de valores entre as diversas formas de vida socioculturais e que abra mão das reivindicações normativas dos direitos humanos, já que isso comprometeria a própria finalidade desses direitos e tornaria o diálogo sem sentido, uma vez que as culturas permaneceriam aferradas aos “seus valores”, e cada cosmovisão permanecería

estaque e estática, o que, por si mesmo, já é um equívoco, pois, como bem aponta Bielefeldt (2000, p. 32), “a ideia de uma cultura voltada completamente para si mesma seria tão hipotética e abstrata como a de uma cultura mundial única”.

O discurso normativo intercultural então precisa respeitar as normas pragmático-transcendentais desde sempre contrafaticamente pressupostas por todos aqueles que argumentam, devendo as diversas formas de vida tentar se compreender, respeitando e entendendo as diferenças, mas se guiando apenas pela força do melhor argumento e buscando submeter suas propostas normativas ao crivo do princípio da universalização de tal sorte que aquilo que com ele não se coadune deva ser declarado inválido, ainda que se trate de uma peculiaridade cultural. Desse modo, concede-se racionalidade e legitimidade aos direitos humanos de modo que estes não sejam apontados como imposição da cultura ocidental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A argumentação é uma atividade fundamental para o homem, pela qual este se relaciona com seus semelhantes para discutir e solucionar problemas, definir metas e realizar toda sorte de fins. Até mesmo o pensamento e a introspecção solitária, pela qual o ser humano tenta compreender a si e ao mundo e busca traçar seu próprio caminho existencial, repousam sobre a estrutura da argumentação pública. Não há, por conseguinte, como se subtrair ao discurso argumentativo – seja com os outros seja consigo mesmo – sob pena da autodestruição social e até psíquica.

A realização do discurso argumentativo, que, como visto, é inevitável, pressupõe, por sua vez, determinadas condições morais ideais, que, apesar de não serem observadas, muitas vezes são sempre antecipadas pelos participantes da argumentação e não podem ser negadas sem que se incorra em contradição consigo mesmo. Essas regras, que prescrevem a igualdade de direitos, o respeito e o reconhecimento recíprocos, a responsabilidade solidária pelos problemas comuns, a inclusão e a consideração dos interesses de todos, enquanto normas da argumentação racional, dirigem-se a toda a humanidade e conclamam todos à sua observância.

Desse modo, a partir das normas morais pressupostas em toda argumentação séria, pode-se justificar a realização de um discurso normativo intercultural racional que mantenha o poder emancipador e crítico dos direitos humanos e que respeite as diferenças e as peculiaridades de diferentes culturas, fundamentando, por conseguinte, a validade universal desses direitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

APEL, Karl-Otto. **The Response of Discourse Ethics**. Leuven: Peeters, 2001.

_____. **Transformação da Filosofia**. Volume II. 2. ed. Tradução de Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

COSTA, Reginaldo da. **Ética do Discurso e Verdade em Apel**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à Ética do Discurso**. Tradução de Gilda Lopes Encarnação. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **Racionalidade e Comunicação**. Tradução de Paulo Rodrigues. Lisboa: Edições 70, 2002.

_____. **Verdade e Justificação**. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo. **Sobre a fundamentação**. Porto Alegre: Edpucrs, 1993.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça internacional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

FUNDAMENTAL ASPECTS OF UNIVERSAL HUMAN RIGHTS

Abstract: *Despite its enormous legal and philosophical importance, the idea of human rights still faces many challenges in the current world scene, not only with regard to their effectiveness, but primarily to their own justification before the entire international community. One of the main criticisms against human rights challenges their universal validity claim, asserting that such rights are nothing more than a veiled way of imposition of Western culture and values on other peoples. Against this relativistic stance, this work seeks to develop the transcendental-pragmatic argument of Karl-Otto Apel, whereby it intends to reveal the moral norms presupposed in any reasonable argument, in order to justify rationally the possibility of universal human rights and of a normative cultural discourse that can conciliate these rights with peculiarities of different cultures without sacrificing their power of critique and emancipation.*

Keywords: *Human Rights. Universalism. Transcendental Pragmatics.*

Data de recebimento: **jan/2011** – Data de aprovação: **mar/2011**

CRITÉRIO TEMPORAL DO IMPOSTO SOBRE A HERANÇA

Bruno Nogueira Rebouças

Aluno do curso de Direito da FA7, orientado pelo prof. dr. Hugo de Brito Machado Segundo (UFC/FA7)

rebbruno@gmail.com

Sumário: Introdução. 1. Fundamentos do ITCMD. 2. O ITCMD e a Constituição Federal de 1988. 3. O princípio Saisine. 4. O fato gerador do ITCMD. 5. O Código Civil de 1916 e a transmissão causa mortis. 6. Visão jurisprudencial do assunto. 7. A personalização do imposto causa mortis. 8. Decadência em direito tributário. 9. O prazo decadencial no imposto sobre herança. Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente trabalho aborda o critério temporal, o qual determina o fato gerador do imposto de transmissão causa mortis e suas respectivas repercussões no âmbito jurídico, apreciando o fenômeno de personalização do dito tributo e suas derivações. O princípio francês de raízes medievais denominado saisine é centro de boa parte das discussões acerca do tema proposto, desencadeando, também, diferentes questionamentos os quais carecem de respostas. Por fim, a questão do momento a partir do qual devem ser contados os prazos decadenciais para efeito de lançamento do imposto se perfaz com o desencadear do referido tema, o que, inexoravelmente, só pode ser analisado diante de uma coordenação e harmonização com a legislação civil e seus institutos, a fim de se ver o ordenamento jurídico funcionando como um sistema que inevitavelmente deve ser interpretado como tal, sendo-lhe inerente essa imposição.

Palavras-chave: Direito Tributário. Imposto. Herança. Fato Gerador. Critério Temporal.

INTRODUÇÃO

Pouco exploradas pela doutrina são as questões que envolvem o fato gerador do imposto sobre a herança (ITCMD), nitidamente no que se refere ao seu aspecto temporal, e ao correlacionado prazo decadencial de lançamento do tributo pela Fazenda Pública. Destaque-se, no entanto, trabalho monográfico desenvolvido por Clayton Eduardo Prado (2009), o qual sintetiza os principais pontos referentes ao tratamento desse tributo hoje, em nosso país. No presente trabalho, será dado um enfoque especial às interpretações dadas pelos tribunais superiores sobre o assunto, invocando-se, para a fundamentação da primeira questão, o denominado

Princípio Saisine, famigeradamente aplicado ao Direito das Sucessões em nosso país. Questões mais delicadas, como a determinação do momento a partir do qual será contado o prazo decadencial já mencionado, serão tratadas ao fim do estudo aqui desenvolvido, representando tema da segunda questão proposta. É de nítida relevância se considerar que, embora didaticamente separadas em nossa argumentação, estão longe de estarem separadas as conclusões que serão extraídas de ambas as questões, haja vista, como já foi dito, a correlação necessária tanto dos fatos como dos direitos que lhes são consequentes. Resumidamente podemos assim dizer: não poderíamos nos questionar acerca do prazo decadencial para exigência do tributo pelo Erário, sem antes encobrir a análise do tema referente ao aspecto temporal do fato gerador do tributo em enfoque. No que pese a obviedade da proposição, a intenção preliminar desse trabalho é ressaltar a importância desses tópicos, que evidentemente se vinculam por seu comum aspecto temporal, o que será alvo de nosso estudo.

Este artigo não pretende chegar a soluções definitivas sobre o tema, abrindo espaço também para novas ideias que envolvem os assuntos aqui tratados e novos questionamentos que acabem por abrandá-los ou pormenorizá-los por fim.

1 FUNDAMENTOS DO ITCMD

No que pese o fato de que, no referido imposto, passou a figurar, em seu âmbito de incidência, a doação, trataremos inicialmente de sua forma inicial, a qual não possuía essa previsão, reduzindo inicialmente nossa análise ao dito imposto de transmissão *causa mortis*.¹

A tributação sobre a herança existe desde a Antiguidade, perpassando por vários momentos históricos, com diversificadas formas de tratamento.

Historicamente, a tendência anterior era a de os impostos sobre a herança serem cobrados sobre o *acervo hereditário indiviso*² (espólio indiviso), o que tendia a despersonalizar o patrimônio tributado, tendendo a ignorar-se a capacidade econômica dos herdeiros para efeitos de tributação. No entanto, como atestara Baleeiro,

Mas alguns países iniciaram outro critério mais racional e justo: o da aplicação sobre o líquido dos quinhões e legado. Esse critério veio a coincidir com a tendência a considerar-se tal imposto como tributo de caráter direto e pessoal sobre o herdeiro, e não o imposto real sobre o monte ou espólio. (Baleeiro, 2010, p. 478)

¹ Assim versava a Constituição de 1969: Art. 23. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I – transmissão, a qualquer título, de bens imóveis por natureza e acessão física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como sobre a cessão de direitos à sua aquisição; [...]

² Não que esse termo ou semelhante houvesse sido sempre usado.

Em vários pontos mostraram-se argumentos favoráveis à existência desse tipo de imposto, o que aqui referenciá-los seria um modo de desfocar a finalidade deste trabalho.

Por ilustração, pode-se destacar a importância que foi dada ao imposto de herança (assim como a outros) por Keynes com o fim de a Política Fiscal buscar uma igualdade de distribuição de renda, influenciando, consequentemente, na propensão ao consumo. Desta forma trata o autor:

Os impostos sobre a renda, particularmente quando gravam a renda “não ganha”, os impostos sobre lucros de capital, sobre heranças etc., são tão importantes quanto a taxa de juros, sendo mesmo possível que as modificações eventuais da política fiscal tenham, pelo menos nas expectativas, maior influência que a própria taxa de juros. Se a política fiscal for usada como um instrumento deliberado para conseguir maior igualdade na distribuição de rendas, seu efeito sobre o aumento da propensão a consumir será, naturalmente tanto maior. (Keynes, 1982, p. 87)

2 O ITCMD E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Assim versa o art. 155, inciso I, da Constituição Federal:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos.
[....]³

Aqui se acrescentam os bens móveis, e não só os imóveis, tal como era previsto na carta constitucional anterior. Embora mais restrito, visto que não abrange as transmissões *inter vivos* onerosas para efeito de competência dos Estados (há imposto próprio de competência municipal para bens imóveis), abrange, agora, a transmissão de propriedade de bens móveis. Veja-se que o ITCMD não abrange a transmissão onerosa, para qual estão previstos os seguintes impostos: o ITBI (de competência municipal), para transmissão de bens imóveis, e o ICMS, para coisa móvel que se destina ao comércio. Como lembra Machado Segundo (2010, pp. 191 e 192): “Na hipótese de coisa móvel não destinada ao comércio (p. ex., venda eventual de um relógio entre dois “particulares” não comerciantes), não há incidência de nenhum desses impostos.”

Em síntese, procurou a Constituição atual afastar o caráter da onerosidade para fins de configuração desse imposto. Uma relevante causa da inclusão dos bens móveis na previsão do imposto deve-se ao fato da mudança da realidade social, que vem demonstrando a existência, cada vez mais comum, de fortunas de caráter mobiliário.

³ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 de abril de 2011.

Por fim, a transmissão dos direitos já vinha sendo prevista na Carta anterior, mas o legislador constitucional não repetiu expressamente o preceito que excetuava os direitos de garantia, o que não impede de se continuar com tal interpretação à luz da nova Constituição. (Baleeiro, 2010, p. 259) ⁴ Lembre-se ainda que prevê o texto constitucional que será de competência do Senado Federal afixar as alíquotas máximas a serem legalmente previstas e cobradas pelos Estados (ou Distrito Federal), o que impede sua cobrança, segundo melhor interpretação, anterior ou acima do patamar máximo fixado pela câmara maior.

É válido ainda lembrar que o sistema tributário adotado em nossa Constituição vê-se incompatível com a tributação simultânea do ITCMD e do imposto sobre a renda, no que pese ambos representarem, economicamente, acréscimos patrimoniais de indivíduos.

3 O PRINCÍPIO *SAISINE*

Analisando a definição dada à sucessão, pode-se dizer que se trata de “*transmisión del patrimonio de una persona fallecida a una o varias personas vivas. Se dice, en este sentido, que una persona ‘sucede a otra’.*” (Ripert e Boulanger, 1963/1965, p. 9)

O princípio *Saisine* determina que a transmissão da propriedade dá-se instantaneamente, no momento da morte do indivíduo, em relação aos seus herdeiros. Não há necessidade de manifestação de nenhum dos herdeiros para que tal princípio se processe, haja vista que o intuito perseguido seria o de que a transmissão dos bens do *de cuius* se daria independente de qualquer manifestação volitiva por parte dos destinatários da herança. Tendo sido acolhido pelo Código Civil de 2002:

Art. 1784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.⁵

Observe-se o fato de que o início da sucessão e, consequentemente, da transmissão da herança se dão no momento da morte do indivíduo, sendo irrelevante que os herdeiros, legítimos ou testamentários, tomem conhecimento do óbito, para que tal processo se efetue.

Como ensinara Pontes de Miranda, ao comentar o artigo 1572 do C.C. de 1916, o qual expunha o princípio *Saisine* (como por ele é chamado) no direito brasileiro:

⁴ Nota de Misabel Abreu Machado Derzi sobre a não tributação pelos municípios da transmissão de direitos reais de garantias sobre imóveis, presente em Baleeiro (2010).

⁵ Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

A regra jurídica há de ser lida como lá estivesse escrito: “Morto o de cujo, qualquer titularidade de direito transmissível a causa de morte e a posse transmitem-se aos herdeiros, legítimos ou testamentários”. (Miranda, 1968, p. 17)

E, também,

Instituída herdeira qualquer entidade de direito privado ou público, desde que já personificada, a herança insere-se automaticamente no patrimônio da pessoa jurídica. O que pode ocorrer é que ela renuncie à herança; mas, aí, tudo se passa como a respeito de qualquer pessoa física. (IDEM, p. 18)

Ao contrário do que se possa imaginar, a dita *aceitação da herança* possui caráter meramente confirmativo de propriedade ou posse do acervo hereditário. (Diniz, 2005, p. 66)

A fim de demonstrar a importância do conceito de *transmissão* para fins de delineamento constitucional da competência tributária estabelecida para o ITCMD, ressalte-se a importância da preservação dos conceitos albergados implícita ou explicitamente pela Constituição Federal à época de sua formulação (ou decorrendo de emendas ao seu texto original), para efeitos de interpretação respeitosa aos parâmetros delineados pela Carta Magna. Como ensina o professor Hugo de Brito Machado:

Admitir que a lei ordinária redefina conceitos utilizados por qualquer norma da Constituição é admitir que a lei modifique a Constituição. É certo que a lei pode, e deve, reduzir a vaguidade das normas da Constituição, mas, em face da supremacia constitucional, não pode modificar o significado dessas. (Machado, 2010, p. 118)

Visto isso, faz-se necessário explorar, no direito privado, tanto o conceito de transmissão quanto o momento de sua configuração, para que se determine o aspecto temporal do fato gerador do tributo aqui tratado, vinculando-se tal interpretação, irremediavelmente, à análise do artigo 1784 do C.C. vigente, o qual nos confirma o acolhimento do Princípio Saisine.

Não obstante o demonstrado, argumentações que não fogem de incoerência científica, insistem, mesmo admitindo que vão de encontro a toda a doutrina civilista, que o que caracteriza o fato gerador do imposto *causa mortis* seria a aceitação, não a morte e abertura da sucessão. Traz essa contraditória doutrina que “Por transmissão, entenda-se a transferência de bens ou direitos do patrimônio de um sujeito para o de outro, ou melhor, a mudança da titularidade de bem ou direito, por ato entre vivos ou por força da morte.” (Correia Neto, 2011, p. 81)

E, depois, argumenta que

[...] aceitar tal exegese implicaria concluir que o Estado brasileiro autoriza tributação da morte, um fato da natureza, certo e inevitável, que, por si só nem

mesmo revela riqueza. Dessa forma, estar-se-ia ferindo o princípio da capacidade contributiva, que determina que a escolha dos fatos geradores devem levar em conta somente os fatos que denotem patrimônio, renda ou consumo. (2011, p. 87)

Observemos que, quanto à primeira sentença, parece, em princípio, coerente o ponto de vista do autor; mas, quanto à segunda, parece que toda a coerência vai para o espaço, o que pode ser verificado pela confusão por ele feita ao confundir o fato gerador com a simples morte, quando, em verdade, o fato imponível estaria, sim, a se relacionar com a transmissão do patrimônio (auferível economicamente, embora não de forma imediata), que se dá com e a partir da abertura da sucessão. A morte é o simples marco temporal que determina o exato momento da abertura da sucessão, segundo o direito civil brasileiro. A progressiva *personalização* do imposto, que será tratada mais adiante, parece ter confundido a cabeça do referido autor, o que não faz autorizar, em nenhuma hipótese, que o intérprete ignore o significado dos termos albergados pelo texto constitucional, indo de encontro à própria Constituição.

4 O FATO GERADOR DO ITCMD

Como aqui já foi trabalhado, o fato gerador do imposto é a transmissão, *causa mortis* ou por doação, de bens ou direitos, excluindo-se os direitos de garantia, tais como a hipoteca, a anticrese etc. Para que o fato gerador do tributo se configure validamente para fins de cobrança, é necessário o prévio estabelecimento de alíquota máxima por resolução do Senado Federal. Sem tal afixação, vê-se inconstitucional a referida cobrança.

Esse fato pode ser exemplificado em caso concreto. Seguindo lições de Schubert Machado:

Tão logo entrou em vigor o novo Sistema Tributário, o Estado do Ceará tratou de instituir o seu Imposto de Transmissão Causa Mortis e doação, e o fez através da Lei Estadual n.º 11.527/88. Isso antes mesmo que o Senado fixasse as alíquotas máximas desse imposto. Por essa razão, o Estado utilizou de peculiar técnica legislativa e tratou das alíquotas do ITCD por remissão aos limites estabelecidos pelo Senado.

O princípio da estrita legalidade tributária, todavia, impõe como condição inafastável para que um imposto seja validamente instituído, que a LEI estabeleça desde logo todos os seus elementos essenciais, ou seja, devem estar contidos no texto da lei a alíquota, a base de cálculo e o contribuinte do imposto, assim como tudo que seja necessário para que, com a leitura do texto legal se possa chegar ao valor do imposto. Não pode, portanto, uma lei instituidora de imposto deixar de fixar clara e precisamente a alíquota do mesmo, sob pena de não instituí-lo, visto que em direito tributário não existem as chamadas “normas em branco.” Para contornar esse problema e cobrar o referido imposto ainda em 1989, a Secretaria da Fazenda do Estado entendeu que poderia utilizar a alíquota máxima

então fixada pelo Senado para o antigo ITBI, que era de 4%, preenchendo a lacuna da lei estadual. E isso foi feito. O ITCD passou a ser cobrado com alíquotas que variavam de 2% a 4%⁶.

No que pese o ocorrido, o Senado Federal, em 1992, trouxe a esperada resolução, que fixava como alíquota máxima para o ITCM 8%. O fisco começou a cobrar, arbitrariamente, não importando estar cobrando anteriormente alíquota máxima de 4%, a alíquota máxima fixada pelo Senado, mesmo sem previsão por lei ordinária do Estado, o que se viu prática abusivamente reiterada. Tal atitude levaria ao pensamento equivocado de que não se necessitaria mais de lei ordinária determinando a instituição ou majoração do tributo, o que fere frontalmente o princípio da estrita legalidade, assim explicada por Paulo de Barros Carvalho:

O veículo introdutor da regra tributária no ordenamento há de ser sempre a lei (sentido *latu*), porém o princípio da estrita legalidade diz mais do que isso, estabelecendo a necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional. (Carvalho, 2007, p. 166 e 167)

Nesse aspecto, a previsão da alíquota em lei ordinária se perfaz estritamente indispensável para a válida cobrança do imposto, cabendo no contrário a devida e integral restituição do indébito.

Outro problema que surgiu posteriormente, nesse mesmo Estado, foi o que envolvia a efetiva criação pelo ente tributante, anos depois, de lei prevendo alíquota que não extrapolava o patamar máximo delimitado pelo Senado. Assim versa a lei n. 13.417 de 30 de dezembro de 2003 quanto às alíquotas:

Art. 1º. Esta Lei dispõe acerca do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação, de quaisquer bens ou direitos - ITCD, a que se refere o art. 155, inciso I, da Constituição Federal.
[....]

CAPÍTULO VI DAS ALÍQUOTAS E DA APURAÇÃO DO IMPOSTO

Art. 10. As alíquotas do Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação são:
a) nas transmissões causa mortis:

1. até 5.000 (cinco mil) Ufirces, 2% (dois por cento);
2. acima de 5.000 (cinco mil) e até 15.000 (quinze mil) Ufirces, 4% (quatro por cento);
3. acima de 15.000 (quinze mil) e até 40.000 (quarenta mil) Ufirces, 6% (seis por cento); e
4. acima de 40.000 (quarenta mil) Ufirces, 8% (oito por cento);

⁶ MACHADO, Schubert de Farias. **A Alíquota Máxima Do Imposto De Transmissão Causa Mortis E Doação No Estado Do Ceará**. Disponível em: < <http://www.machado.adv.br/>>

b) nas transmissões por doação:

1. até 25.000 (vinte e cinco mil) Ufircs, 2% (dois por cento);
2. acima de 25.000 (vinte e cinco mil) Ufircs, 4% (quatro por cento).

§ 1º. A apuração do imposto devido será efetuada mediante a decomposição em faixas dos valores totais dos bens e direitos transmitidos que será convertido em Ufirc ou outro índice que venha a substituí-la, sendo que a cada uma das faixas será aplicada a respectiva alíquota.

§ 2º. As alíquotas deste imposto serão definidas com base no resultado da soma do valor venal da totalidade dos bens e direitos transmitidos, inclusive na hipótese de liberação de parte dos bens do espólio, por meio de autorização ou alvará judicial.

§ 3º. A alíquota aplicável será:

I - nas transmissões causa mortis, aquela vigente na data da abertura da sucessão;

II - nas transmissões do fiduciário para o fideicomissário, aquela vigente no momento da transmissão;

III - nas transmissões por doação, aquela vigente no momento da transmissão.

§ 4º. O valor total do imposto devido será calculado mediante a soma dos valores parciais apurados na forma dos itens da alínea “a” ou “b”, conforme se trate de transmissão causa mortis ou por doação, respectivamente. (Ribeiro Neto, 2011, p. 1155)

Veja-se, portanto, que agiu corretamente o legislador ao prever em lei do Estado a alíquota a ser validamente cobrada. O problema se relaciona, no entanto, à possível configuração de fato gerador anterior à nova lei, não podendo ela retroagir para cobrar tributo de quem não deve. Um exemplo interessante seria o caso de o indivíduo ter falecido anteriormente à lei de 2003, sabendo que a morte, como já vimos (Princípio *Saisine*), configura o aspecto temporal do fato gerador do tributo. Nesse caso, a cobrança, por exemplo, de alíquota de 6% seria flagrantemente indevida, o que não deve deixar de ser observado argutamente por advogados e operadores do direito em geral.

5 O CÓDIGO CIVIL DE 1916 E A TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS

Sabe-se hoje que, em nosso direito, a morte, a transmissão da herança aos herdeiros e a abertura da sucessão ocorrem no mesmo tempo (Veloso, 2008, p. 1949), inspirando-se no que vinha determinado no texto do Código Civil de 1916 (Código “Beviláqua”).⁷ Cabe saber, entretanto, a origem de inspiração do dito preceito.

A origem imediata dele seria o artigo 978 da Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas: “Na sucessão á intestado a posse civil dos falecidos transmite-se logo á seus herdeiros com todos os efeitos da posse natural, não sendo necessário que esta se-tome.” (Freitas, 2003, p. 581)

⁷ Art. 1572. Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. (Código Civil de 1916)

Já a mediata seria o próprio Princípio Saisine, com a sua origem medieval, como já foi analisado anteriormente neste trabalho. Quanto ao seu processo de inserção no direito brasileiro, resume categoricamente Zenio Veloso, como coautor do *Código Civil Comentado*, organizado por Ricardo Fiuza:

O princípio da saisine foi introduzido no direito português pelo Alvará de 9 de novembro de 1754, reafirmado pelo Assento de 16 de fevereiro de 1786. O Código Civil português, de 1867, já revogado, dizia no artigo 2011: “A transmissão do domínio e posse da herança para os herdeiros, quer instituídos, quer legítimos, dá-se no momento da morte do autor dela.” (Veloso, 2008, p. 1949)

O mesmo autor atesta que o referido preceito foi abandonado no Código Civil português de 1966, o qual se filiou à legislação e doutrina italiana, fazendo-se correlação ao artigo 459 do Código Civil italiano de 1942⁸, em que a transmissão ficava à mercê de prévia aceitação, retroagindo os efeitos. No que pese a expressa determinação legal exposta, afirma Roberto de Ruggiero, acerca do momento da abertura da sucessão, do chamamento à herança e da aquisição da herança, o seguinte:

No direito civil italiano tais fatos verificam-se em regra, em nossa opinião, num único momento, e este é o da morte do de cujus. Pela morte abre-se a sucessão e simultaneamente devolve-se a herança e a pessoa que a ela foi chamada adquire-a. Quem, pelo contrário, admite a possibilidade de sucessivos chamamentos e a necessidade de aceitação para a aquisição, deve separar o momento da aquisição daquele do chamamento e, no caso de chamamento sucessivo, o momento em que este se dá daquele da abertura da herança ou sucessão. (Ruggiero, 1999, p. 622.)

O que Ruggiero (1999, p. 622) quer expressamente dizer quando se refere à aquisição de herança é o fato de ela tornar-se do herdeiro, transmitir-se ao seu patrimônio a partir da abertura da sucessão, a qual se dá com a morte.

Em síntese, para concluir, é-nos válido expor a interpretação dada ao artigo 1572 do Código Civil de 1916 pelo seu próprio formulador, ao reafirmar o princípio *Saisine*, do Direito francês, do seguinte modo:

A sucessão hereditária abre-se com a morte do autor da herança. Desde esse momento, opera-se a transmissão da propriedade e da posse dos bens substituindo-se os sujeitos das relações jurídicas; no instante que precede a morte, o sujeito dessas relações jurídicas é o de cujus, no instante em que se segue à *[sic]* morte, o sujeito é o herdeiro. (1999, p. 622)

⁸ **Art. 459. Acquisto dell’eredità** L’eredità si acquista con l’accettazione (Cod. Civ. 470 e seguenti, 586). L’effetto dell’accettazione risale al momento nel quale si è aperta la successione (Cod. Civ. 456, 1146).

6 VISÃO JURISPRUDENCIAL DO ASSUNTO

Assim se pronunciou, em 2009, o Superior Tribunal de Justiça

TRIBUTÁRIO -ITCD -FATO GERADOR -PRINCÍPIO DA SAISINE -SÚMULA 112/STF.

1. Cinge-se a controvérsia em saber o fato gerador do ITCD - Imposto de Transmissão Causa Mortis.
2. Pelo princípio da saisine, a lei considera que no momento da morte o autor da herança transmite seu patrimônio, de forma íntegra, a seus herdeiros. Esse princípio confere à sentença de partilha no inventário caráter meramente declaratório, haja vista que a transmissão dos bens aos herdeiros e legatários ocorre no momento do óbito do autor da herança.
3. Forçoso concluir que as regras a serem observadas no cálculo do ITCD serão aquelas em vigor ao tempo do óbito do de cujus.
4. Incidência da Súmula 112/STF. Recurso especial provido.⁹

O STJ apenas confirmou seguir entendimento passado do Supremo, o qual levou ao teor contido na Súmula 112¹⁰, no sentido de que o fato gerador do tributo se daria no momento da transmissão do patrimônio, que, no Brasil, se dá com a morte.

Assim também novamente se posicionou o STJ no ano de 2010, em decisão monocrática que teve como relator o ministro Humberto Martins.¹¹

Como se pronunciou a professora Misabel Abreu Machado Derzi em atualização recente à obra Direito Tributário Brasileiro, de Baleeiro, “Como ressalta Aliomar Baleeiro, nas transmissões por causa da morte, o aspecto temporal da hipótese é a data do óbito, dia em que se considera aberta a sucessão. Por isso, os princípios constantes (não a redação literal) das Súmulas nos 112 e 113 são ainda válidos.” (Baleeiro, 2010, p. 261)

No que concerne à visão do STJ em relação à possibilidade de correção monetária sobre o que fora avaliado, em recorrência à Súmula 113 do Supremo, desta forma foi redigida a ementa de decisão do tribunal em 2004, cujo relator foi o ministro Castro Meira:

⁹ STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 1142872 RS 2009/0104234-6, Julgamento: 20/10/2009, Ministro HUMBERTO MARTINS

¹⁰ Assim é a redação da Súmula: “O imposto de Transmissão *causa mortis* é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão.”

¹¹ *Com efeito, pelo princípio da saisine, com a abertura da sucessão, o domínio e a posse dos bens é transferida de imediato aos herdeiros. O fato gerador do ITCMD (art. 1572 do Código de 1916 e art. 1784 do Código atual) incide sobre os bens com a abertura da sucessão. Nesse momento (abertura da sucessão/morte do de cujus), ainda não é exigível o pagamento da exação. O art. 38 do Código Tributário Nacional é bastante claro ao estabelecer que a base de cálculo do imposto é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos. Forçoso concluir que somente com a liquidação da herança, via sentença judicial, é que se definem quais os bens que efetivamente foram transmitidos aos herdeiros. Consequentemente, a obrigação tributária, existente desde a data do óbito, somente é exigível o seu cumprimento após a homologação do cálculo por sentença judicial transitada em julgado. Nesse sentido é a Súmula 113/STF, que assim dispõe: “O imposto de transmissão *causa mortis* é calculado sobre o valor dos bens na data da avaliação” (STJ - PETIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL: REsp 1195974, Relator(a): Ministro HUMBERTO MARTINS)*

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS. SÚMULA 113/STF. CORREÇÃO MONETÁRIA. CABIMENTO.

1. “O imposto de transmissão causa mortis é calculado sobre o valor dos bens na data da avaliação” (Súmula 113/STF).
2. Não recolhido o valor na época própria, torna-se indispensável a necessária atualização do valor. É pacífico o entendimento de que a correção monetária da base de cálculo não implica alteração do fato gerador. Precedentes.
3. Recurso especial conhecido e improvido¹²

7 A PERSONALIZAÇÃO DO IMPOSTO *CAUSA MORTIS*

O tributo sucessorial foi, gradativamente, perdendo seu caráter de imposto indireto e impessoal e se foi tornando direto e pessoal com o tempo, ou seja, personalizando-se. Seguindo a orientação constitucional¹³, o imposto não é devido sem que o patrimônio tenha se distribuído entre os herdeiros, sendo analisado e graduado segundo a capacidade econômica do contribuinte, não podendo ser cobrado de pronto sobre o acervo hereditário ainda não partilhado entre os herdeiros, ou seja, não havendo prévia liquidação da herança.

Tal tendência da personalização influenciou cabalmente o momento da constituição do crédito tributário, o que influi, conseqüentemente, para se definir o instante a partir do qual se correria o prazo prescricional para ação de cobrança do tributo por parte da Fazenda Pública.

Quanto ao fenômeno da personalização propriamente dito, faz-se mister lembrar que a progressividade do imposto tem com ela relação íntima, sendo exemplos de sua adoção, além do Brasil, países como a Inglaterra, a Alemanha, os Estados Unidos, a França, dentre vários outros, o que nos leva a perceber a necessidade da progressividade como parâmetro para se levar em conta a capacidade econômica do indivíduo, baseando-se no valor dos bens herdados. A fim de se ter uma ideia mais abrangente sobre o fenômeno da personalização, faz-se indispensável referência a ensinamento imperecível acerca do tema, proveniente de palavras do mestre Aliomar Baleeiro:

Embora Nitti inclua o imposto sucessorial entre os indiretos, sua moderna utilização sobre os quinhões hereditários coloca-os entre os diretos e pessoais.

As legislações contemporâneas acentuam diferentes características da personalização atual desse tributo, especialmente quanto:

¹² STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 57742 PR 1994/0037618-9, Julgamento: 03/05/2004, Relator(a): Ministro CASTRO MEIRA

¹³ Art. 145, § 1º. Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à Administração Tributária, especialmente para conferir efetividade a esse objetivo, identificar, respeitados os direitos individuais e os termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

- a) à discriminação pelo grau de parentesco (alíquotas menores entre descendentes, ascendentes e cônjuges; médias para colaterais e pesadas entre estranhos – cresce índice numérico de progressão à medida que se distancia o parentesco);
- b) à isenção para pequenos quinhões, sobretudo se os herdeiros são órfãos, assim como para instituições filantrópicas;
- c) às reduções para herdeiros de avançada idade ou que não são ricos;
- d) à escala progressiva, segundo o vulto dos quinhões;
- e) à agravação do tributo, se o herdeiro reside noutro estado ou no estrangeiro;
- f) à possibilidade de encarar os encargos de família do defunto e do herdeiro para mitigação da tabela (lei francesa que estabeleça deduções quando o de cujus deixa vários filhos ou quando os tem numerosos o herdeiro). (Baleeiro, 2010, p. 261)

Observemos que o item “d”, apontado por Baleeiro, tem parecido ser o mais comum nas legislações em geral, levando-nos a crer que esse parâmetro de majoração de alíquotas vem se apresentando mais equânime, à semelhança da sistemática do imposto sobre a renda.

Levando-se em conta todos esses aspectos, pelos quais se manifesta o fenômeno da personalização do imposto tratado e, conseqüentemente, se pode apurar a dita capacidade econômica, vê-se-lhe inviabilizado o intento a partir do momento em que não se verificou a liquidação da herança, haja vista o temporário desconhecimento do sujeito passivo e da base de cálculo, fundamentais para sua realização.

Uma prova legislativa da personalização desse tributo, no próprio CTN, está na redação do parágrafo único de seu artigo 35, o qual prevê tantos fatos geradores quantos forem os herdeiros ou legatários, não deixando de ser contraditório ao Princípio *Saisine*.

8 DECADÊNCIA EM DIREITO TRIBUTÁRIO

A decadência em nosso direito tributário é a perda do direito potestativo (já que independe da colaboração de terceiros ou da atuação do Judiciário) da Fazenda Pública de lançar. Não se deve esquecer que “A primeira finalidade do lançamento é constatar oficialmente que o fato gerador ocorreu.” (Sousa, 1982, p. 103)

Há, no entanto, quem não o veja como um direito potestativo, mas como um dever do Estado, assim argumentando: “Trata-se, na verdade, de um *dever* do Estado, enquanto entidade tributante, que se não confunde com o direito subjetivo de exigir a prestação, não podendo ser considerado, também, como pretende importante segmento doutrinário, um direito *potestativo*.” (Carvalho, 2007, p. 482)

Podemos diferenciar dois tipos de prazos decadenciais, a depender do tipo de lançamento previsto na legislação do tributo a ser cobrado.

Se o lançamento previsto é *por homologação*, correrá o prazo de cinco anos, em regra, partindo do fato gerador do tributo. Alerte-se que o lançamento por homologação não se submete à decadência, haja vista que aquilo “que é passível de decadência é o lançamento de ofício, que cabe à autoridade realizar quando constate omissão ou inexatidão do sujeito passivo no cumprimento do dever de antecipar o pagamento do tributo.” (Amaro, 2010, p. 433). Faz-se inviável ser de outra forma, pois, do contrário, estar-se-ia considerando subordinada a decadência à atitude do sujeito passivo da relação tributária, o que tiraria o caráter de direito *potestativo* da faculdade de a Fazenda lançar. O prazo aplicável está previsto no artigo 150, §4 do Código Tributário Nacional. A título de exemplificação, o ITCM será lançado por homologação no caso do inventário extrajudicial, previsto pela Lei 11.441 do ano de 2007.

Quando, porém, o lançamento previsto é o *por declaração* ou o *de ofício*, tem-se o caso previsto no artigo 173, I do CTN, no qual a regra é a contagem do prazo a partir do exercício financeiro posterior àquele em que se poderia realizar o lançamento, sendo também de cinco anos o período de sua contagem.

Por fim, assim como lembra Machado Segundo (2009, p. 89), tais prazos são incompatíveis entre si, excluindo-se um ao outro, já que correspondem a situações de fato completamente distintas uma da outra, no que pese serem ambos os prazos de caráter decadencial. Dessa forma, também alerta Ricardo Lobo Torres: “A decadência prevista no art. 173 não se confunde com a do art. 150, §4, do CTN, referente ao lançamento por homologação.” (Torres, 2005, p. 301)

9 O PRAZO DECADENCIAL NO IMPOSTO SOBRE HERANÇA

Na análise do momento a partir do qual se correria o prazo decadencial, deve-se, de pronto, diferenciar o caso em que há pagamento antecipado do imposto do que não o antecipa, para efeitos de aplicação do artigo 173, I do Código Tributário Nacional (segundo caso) ou do artigo 150, §4 (primeiro caso) do referido código.

Por meio da argumentação desenvolvida por Clayton Eduardo Prado, podem-se diferenciar quatro situações para efeitos de decadência, quais sejam:

- a) Em ausência do ajuizamento do processo ou da lavratura de escritura pública de inventário e partilha sem pagamento antecipado do tributo;
- b) Em ajuizamento sob rito solene;
- c) Em ajuizamento de arrolamento ou escritura pública de inventário e partilha, havendo pagamento antecipado do tributo;
- d) Em ajuizamento de arrolamento sem apresentação de declaração do ITCMD e sem pagamento antecipado do tributo;

Quanto ao primeiro caso, o melhor entendimento seria o que defende o início do transcurso do prazo a partir da realização do inventário e da partilha, visto que seria inconcebível o pensamento em contrário, já que não há lançamento sem prévio conhecimento da base de cálculo e do sujeito passivo, ligados, como visto, ao fenômeno de personalização do imposto.

Referindo-se ao segundo caso, para Clayton Prado não há de se falar de prazo decadencial, visto ser incompatível a existência de lançamento tributário. Isso se dá pelo fato de existir previsão de cálculo judicial que o substitui. Não há prazo, portanto, porque é “vedado ao titular do crédito efetuar o lançamento tributário.” (Prado, 2009, p. 116)

Entendemos, no entanto, de forma diversa, ao defender que esse seria caso de lançamento por declaração, susceptível, portanto a prazo decadencial. Para ilustrar, pode-se referenciar a legislação do Estado do Ceará acerca do lançamento do ITCM, assim exposta: “Art. 12. O lançamento do imposto ocorre no momento da apuração do tributo pela autoridade fazendária.” (Ribeiro Neto, 2011, p. 1158) Leve-se em consideração que é a lei tributária relativa a cada tributo que regula o lançamento, escolhendo modalidade adaptável a cada tributo (Sousa, 1982, p. 109). Há de se respeitar, portanto, a determinação da lei tributária, que não deve se restringir à atuação do judiciário.

O terceiro se refere a caso de lançamento por homologação ou *autolancamento* (Sousa, 1982, p. 109).¹⁴, encaixando-se no artigo 150, §4 do CTN, como já analisado. Clayton Eduardo defende que uma interpretação literal do referido dispositivo seria incoerente, já que se deveria considerar como marco inicial do prazo a ocorrência do fato gerador, ou seja, a transmissão na data da ocorrência da morte, abrindo-se a sucessão. Conforme suas palavras, “se a lei atribuiu ao particular o dever de apresentar declaração e recolher o imposto em certo prazo, não seria lógico que a autoridade administrativa pudesse efetuar o lançamento antes de esgotado esse prazo.” (Prado, 2009, p. 117)

Portanto, somente poderá correr o prazo decadencial se houver o prévio recolhimento do imposto e apresentação de sua declaração, a fim de se poder reajustar o valor pago. No que pese as conclusões desenvolvidas no decorrer do trabalho, invocando-se o *Princípio Saisine*, dando relevo à consideração do fato gerador do tributo no instante da morte para vários efeitos (alíquotas, questões processuais etc.), não seria compatível interpretar-se literalmente tal dispositivo devido à possível colisão e incompatibilidade dos prazos, gerando supressão do direito de lançar o tributo.

Quanto ao último caso, levando-se em conta a Súmula 114 do Supremo e sabendo que a homologação da partilha é vedada caso não haja

¹⁴ No que pesem as críticas ao termo, por estar desconforme com a titularidade da Fazenda para a realização do lançamento, segundo nossa legislação.

pagamento do ITCMD, o qual pressupõe a declaração do referido imposto, somente após a declaração poderá fluir o prazo decadencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode ver, toda discussão gira em torno de dois polos, o primeiro delimitando o fenômeno da personalização e o segundo se relacionando às repercussões práticas do reiteradamente citado *Princípio Saisine*. Ao mesmo tempo em que esses polos se contrapõem, eles se complementam nas soluções dos questionamentos propostos e uma análise sistêmica de nosso ordenamento jurídico se perfaz particularmente necessária no desenvolvimento do tema. A particularização dos casos concretos leva à conclusão de que dispositivos imediatistas e de reduzida abrangência são cada vez mais ineficientes no tratamento de situações práticas.

REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 4 ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1939. 6 v.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORREIA NETO, Celso de Barros. ITCM: um imposto sobre a morte. IN: MARTINS, Ives Gandra da Silva; BRITO, Edvaldo Pereira de (orgs.). **Direito Tributário: impostos estaduais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 4 v.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: direito das sucessões**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 6 v.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Brasília: Senado Federal, 2003.

KEYNES, John Maynard. **A teoria Geral do Emprego do Juro e da Moeda**. Trad. de Mário R. da Cruz. 1 ed. São Paulo: Atlas, 1982.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. **Processo Tributário**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito Financeiro e Tributário**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Schubert. **A Alíquota Máxima Do Imposto De Transmissão Causa Mortis E Doação No Estado Do Ceará**. Disponível em: <<http://www.machado.adv.br>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

PRADO, Clayton Eduardo. **Imposto sobre Herança**. 1 ed. São Paulo: Verbatim, 2009.

RIBEIRO NETO, José. **Direito Tributário & Legislação Tributária do Estado do Ceará**. 4 ed. Fortaleza: Fortes, 2011.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil: segun el tratado planiol, sucesiones**. Buenos Aires: La Ley, 1963/1965. 1 v. Tomo X.

RUGGIERO, Roberto. **Instituições de Direito Civil: Direito das Obrigações, Direito Hereditário**. 1 ed. Campinas: Bookseller, 1999. 3 v.

SOUSA, Rubens Gomes. **Compêndio de Legislação Tributária**. 4 ed. (póstuma) São Paulo: Resenha Tributária, 1982.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VELOSO, Zenio. Do Direito das sucessões. Livro V. IN: FIUZA, Ricardo (org.). **Código Civil Comentado**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEMPORARY CRITERION OF INHERITANCE TAX

Abstract: *The present work focuses on the temporary criterion which determines the generating fact of the inheritance tax according to Brazilian law, considering the saisine principle.*

Keywords: *Tax law. Tax. Inheritance. Generating fact. Temporary criterion.*

Data de recebimento: **jan/2011** – Data de aprovação: **mar/2011**

O DIREITO DE INTERVENÇÃO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: A JUSTIFICAÇÃO RACIONAL SEGUNDO A FILOSOFIA POLÍTICA DE JOHN RAWLS

Lucas Romero Montenegro

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Ceará e membro do Grupo de Pesquisa em Filosofia dos Direitos Humanos
lucas_lrm@hotmail.com

Sumário: Introdução. 1. Aspectos da utopia realista. 2. O direito de intervenção segundo o direito dos povos. 3. A unidade da razão em Kant segundo a interpretação de Rawls. 4. A filosofia política de Rawls como defesa da fé razoável. Conclusão. Referências.

Resumo: A soberania, enquanto qualidade do poder estatal, tem sido questionada em nome de normas internacionais de justiça. Nesse contexto, o direito de intervenção, possivelmente pautado em tais normas, surge então como forma de adequar determinadas sociedades a padrões políticos e sociais preponderantes. Este trabalho visa, então, a compreender de que forma John Rawls justifica racionalmente o direito de intervenção, entendido como o direito de implementar padrões sociais e políticos mínimos, mesmo partindo-se de uma concepção liberal de justiça política.

Palavras-chave: John Rawls. Direito de intervenção. Justificação racional.

INTRODUÇÃO

Pode-se dizer, com Catherine Audard, que a atual discussão quanto a normas internacionais de justiça oscila, muitas vezes, entre polos opostos de uma visão “essencialista” e acrítica dos direitos humanos, pautada num rol de direitos positivados que se acredita serem inerentes a todo homem, e a visão que sustenta serem tais normas “a pura e simples expressão de um imperialismo cultural e político, um instrumento de controle e dominação de populações em escala global, segundo um modelo colonizador ampliado.” (AUDARD, 2005, p. 23, tradução nossa).

No centro do debate, como forma de composição dessas visões extremas, a ideia de justificação racional desempenha papel fundamental: confere

universalidade às normas internacionais de justiça, buscando superar não só as acusações de que são normas infundadas e vazias de sentido, mas o argumento relativista, que as veem como estratégia política e ideológica imperialista.

O trabalho visa, então, a investigar de que forma Rawls, à luz de seu Direito dos Povos, e do fato do pluralismo por ele reconhecido, fundamenta o direito de intervenção sobre o que chama de sociedades oneradas por condições desfavoráveis, para as quais se tem também um dever de assistência, bem como sobre os chamados Estados fora-da-lei, caracterizados por agir sempre de modo a satisfazer seus interesses particulares.

Dividir-se-á o desenvolvimento do trabalho em quatro tópicos, sendo que o primeiro deles tratará do que Rawls entende ser uma utopia realista, uma proposta tendente à cooperação, à estabilidade e à paz no âmbito internacional. A seguir, será exposto seu direito de intervenção sobre as sociedades acima referidas, como uma forma de transição para a Sociedade de Povos bem-ordenados.

Passa-se, então, a abordar a interpretação que Rawls faz da unidade da razão em Kant, de fundamental importância para esclarecer sua própria fundamentação acerca do direito de intervenção. Por fim, abordar-se-á a defesa da fé razoável como o papel da filosofia política, o que, segundo acreditamos, consiste na razão pela qual Rawls legitima um direito de intervenção nos termos da sua proposta de Direito dos Povos.

A metodologia do trabalho é de caráter bibliográfico, tendo sido feita a leitura das obras de John Rawls, sempre que possível no original, quando tivemos acesso às obras em inglês, bem como de alguns de seus comentadores e de parte da obra de Kant que julgamos necessária ao trabalho.

1 ASPECTOS DA UTOPIA REALISTA

Em *O Direito dos Povos*, Rawls intenta demonstrar a razoabilidade de seu Direito dos Povos, isto é, uma concepção política particular de direito e justiça aplicada a princípios e normas do direito e da prática internacionais” (RAWLS, 2002, p. 3, tradução nossa). Essa concepção de justiça cumpre o papel de reger a cooperação entre povos liberais e decentes, com base na ideia de *foedus pacificum*, conforme o caminho sugerido por Kant¹.

¹ Kant apresenta essa ideia em sua obra *Para a Paz Perpétua*: “E, não obstante, a razão, desde o trono do máximo poder legislativo moral, condena a guerra como uma vida jurídica e converte, em troca, em um dever imediato o estado de paz, que não pode estabelecer-se ou garantir-se, certamente, sem um pacto entre os povos: há de existir, portanto, uma federação de tipo especial a que se possa chamar federação da paz (*foedus pacificum*), que se distinguiria do pacto de paz (*pactum pacis*), já que este buscaria acabar com uma guerra e a outra buscaria terminar com todas as guerras para sempre.” (KANT, 2006, p. 75-76)

Está preocupado, do início ao fim do trabalho, em demonstrar quais as condições de uma tal utopia realista, que venha finalmente celebrar a paz e a cooperação entre povos:

Eu começo e termino com a ideia de uma utopia realista. Filosofia política é realisticamente utópica quando estende o que é normalmente entendido como os limites da possibilidade da prática política. (RAWLS, 2002, p. 6-7, tradução nossa)

Assim, o que pretende Rawls é, com base nas razões por ele apresentadas, fazer-nos acreditar, aproveitando-se exatamente do fato de que os tais limites da possibilidade não são claros, que a prática política permite uma reconciliação com o que seria nossa real condição política e social.

Para que seja considerada realista, a proposta precisa atender a duas condições. A primeira delas é a de que o Direito dos Povos funcione e possa ser aplicado às relações políticas entre os povos. Segundo, impõe-se, para que se conceba uma Sociedade de Povos, na qual os povos sejam vistos tais como eles são, isto é, como organizados em uma sociedade liberal e justa, conforme Rawls sugere em seus escritos anteriores, e o Direito dos Povos como ele seria em uma Sociedade de Povos razoável e justa, fazendo referência à famosa frase de Rousseau.

Nesse ponto, é interessante ressaltar a opção que se faz pela expressão “povos”, em vez da tradicional “Estados”. A concepção tradicional de Estado integra o que chama de os dois poderes tradicionais de soberania: o direito de ir à guerra para perseguir seus interesses racionais, bem como uma certa autonomia no que se refere ao seu próprio povo. Compreende-se, assim, a denominação “Estados fora-da-lei”, isto é, aqueles Estados que ainda arrogam a si os tais poderes de soberania, mesmo em face da mudança radical no plano das relações internacionais.

Os Estados são tidos por agentes puramente racionais, no sentido que Rawls dá ao termo², de modo que utilizam sua força militar, econômica e diplomática com intuito exclusivo de satisfazer seus interesses básicos:

A visão típica das relações internacionais é fundamentalmente a mesma dos dias de Tucídides e não foi superada nos tempos modernos, quando o mundo político é ainda marcado pelos esforços dos estados por poder, prestígio e riqueza, numa condição anarquia global. Estados diferem de povos tanto quanto a racionalidade, a preocupação com poder e o e os interesses básicos daqueles são preenchidos. (RAWLS, 2002, p. 28, tradução nossa)

² “O conceito de racionalidade invocado aqui, com exceção de uma característica essencial, é um padrão familiar em teoria social. Assim, no sentido usual, uma pessoa racional é compreendida como tendo um conjunto de preferências entre as opções abertas para ela. Ela classifica essas opções de acordo com as quais perseguem melhor seus propósitos; ela segue o plano que satisfaça mais seus desejos e que tenha uma grande chance de sucesso.” (RAWLS, 1999, p. 123-124, tradução nossa)

O termo “povos” é utilizado, por conseguinte, para enfatizar características que os Estados tradicionalmente não têm e que são caras para a construção de um Direito dos Povos justo e estável. Ressalta-se, como principal característica dos povos liberais, o fato de serem povos detentores de um caráter moral, ou seja, razoáveis e racionais, assim como Rawls concebe os cidadãos no interior de uma sociedade liberal e democrática.

No âmbito interno, para que se possa conceber a sociedade como um sistema equitativo de cooperação, que Rawls chama de ideia organizadora fundamental em *O Liberalismo Político*, é necessário compreender cidadãos como agentes, ao mesmo tempo, razoáveis e racionais, pois a cooperação equitativa depende de uma disposição para propor termos “que cada participante pode razoavelmente aceitar, desde que todos os outros aceitem” (RAWLS, 2000, p. 58-59), bem como “requer uma ideia de vantagem racional ou do bem de cada participante.” (RAWLS, 2000, p. 59).

Igualmente, a cooperação entre povos liberais depende de que estes sejam concebidos não só como racionais, mas também como seres razoáveis, capazes de oferecer termos de cooperação que acreditam que todos possam aceitar. Implica, com isso, o critério de reciprocidade entre povos iguais e livres, que precisam ser satisfeitos pelos princípios e regras que regerão o Direito dos Povos:

Os princípios dessas concepções de justiça devem também satisfazer ao critério de reciprocidade. Esse critério exige que, quando termos são propostos como os termos de cooperação equitativa mais razoáveis, aqueles que os propõem devem pensar que é razoável que outros os aceitem como cidadãos livres e iguais, e não como dominados ou manipulados sob pressão causada por uma posição social ou política inferior. (RAWLS, 2002, p. 14, tradução nossa)

Assim caracterizados, os povos estão aptos a eleger, assim como Rawls sustenta também no âmbito interno das sociedades, a ideia de posição original como um artifício de representação, a ser utilizado pelos povos no processo de construção do conteúdo da concepção política que regerá suas relações.

A posição original funciona como um modelo de representação, na qual cada povo imagina um representante incumbido da tarefa de responder pelos interesses daquele povo junto aos demais representantes de outros povos, num processo de decisão acerca dos princípios de justiça política que regerão o direito e a prática internacionais. Essa discussão se faz sob o chamado “véu da ignorância”, de modo que os representantes não têm conhecimento sobre o tamanho do território, a riqueza, tamanho da população, poderio militar, recursos naturais e outros aspectos relativos ao seu povo e aos demais.

O véu da ignorância garante a simetria entre os contratantes e limita a discussão a argumentos razoáveis, pois são levados a propor termos

de cooperação que acreditam todos possam aceitar, e não aqueles termos que favoreceriam determinados povos em face de suas circunstâncias (poder econômico e militar, grande quantidade de recursos naturais etc.), uma vez que não têm qualquer informação sobre sua própria posição.

A discussão, na posição original, deve girar apenas entre as diferentes formulações e interpretações dos oito princípios a seguir: (i) os povos são livres e independentes, e sua liberdade e independência devem ser respeitados pelos outros povos; (ii) os povos devem observar os tratados e acordos; (iii) os povos são iguais em partes nos acordos que os vinculam; (iv) os povos devem observar o dever de não intervenção³; (v) os povos têm o direito de auto-defesa, mas não têm o direito de instigar outras razões; (vi) os povos devem honrar os direitos humanos⁴; (vii) os povos devem observar determinadas restrições à conduta durante a guerra; e (viii) os povos têm o dever de assistir outros povos que vivem sob condições desfavoráveis que os impedem de ter um regime social e político justo ou decente.

Nesse sentido, estão em consonância com as limitações aos tradicionais poderes de soberania e com o que Rawls chama de interesses fundamentais dos povos, assim entendidos:

Assim, eles empenham-se em proteger sua independência política e sua cultura livre com suas liberdades civis, em garantir sua segurança, seu território; aplicado aos povos, isso se enquadra no que Rousseau chamou de *amour-propre*. Esse interesse é o respeito de um povo enquanto tal, residindo na consciência comum de seus caminhos na história e das conquistas de sua cultura. Completamente diversa da preocupação com sua segurança e a de seu território, esse interesse mostra-se na insistência de um povo em receber de outros o respeito devido e o reconhecimento de sua igualdade. (RAWLS, 2002, p. 34, tradução nossa)

Por fim, cumpre mencionar a exigência de tolerância⁵ para com povos não liberais, bem como a extensão do Direito dos Povos para os chamados “povos hierárquicos decentes”. Para Rawls, são povos caracterizados por não possuírem fins agressivos, embora possuam assumidamente uma visão abrangente (religiosa, filosófica ou moral) que influencia a estrutura governamental e sua política social. Exige-se também que seu sistema legal seja regido por uma ideia de bem comum e respeite os direitos humanos, entendidos nos termos restritos

³ Ressalvados, claro, os casos dos Estados fora-da-lei e as sociedades oneradas por condições desfavoráveis.

⁴ Rawls propõe uma concepção restrita de direitos humanos, objeto inclusive de muitas críticas, que envolve basicamente o direito à vida, liberdade, propriedade pessoal e igualdade formal.

⁵ Rawls adota sentido amplo para o termo tolerância, que significa um reconhecimento enquanto participantes iguais de um sistema de cooperação. Não há sentido de negação ou condenação, pois não seria liberal considerar inaceitável outras formas decentes de ordenar uma sociedade.

já aduzidos, bem como impõe à sua população deveres e obrigações derivados dessa ideia de bem comum.

Interessante registrar três argumentos principais nos quais, segundo Catherine Audard (AUDARD, 2007, p. 250-253), Rawls sustenta a tolerância dos povos decentes⁶. Primeiro, tem-se o respeito pelo direito de autodeterminação dos povos. A autora sustenta que o critério para se aferir como e se uma sociedade é democrática é um critério dinâmico, que envolve uma trajetória histórica de esforços e conquistas. Por isso, autorrespeito e um certo grau de autonomia são fundamentais para uma relação cooperativa e equitativa entre os povos.

Em segundo lugar, ressalta o fato do pluralismo razoável entre povos, visto que exigir uma democracia para todos os demais povos seria considerada uma atitude não liberal, arrogante e irrazoável. Rawls sustenta que um dos aspectos de uma pessoa razoável é o reconhecimento dos limites do juízo. Segundo esse aspecto, o desacordo entre pessoas razoáveis é inevitável, tendo em vista “os muitos acasos envolvidos no correto (e consciencioso) exercício de nossas faculdades de raciocínio e julgamento no curso normal da vida política”. (RAWLS, 2000, p. 99).

O terceiro argumento é o de que a ideia de decência estabelece uma meta e um ponto limítrofe, a partir do qual é legítima uma intervenção humanitária:

Sustenta-se que os erros dos realistas e dos cosmopolitanistas só podem ser superados por “uma meta e um ponto limítrofe”, a fim de atingir um balanço entre respeito pela autonomia e proteção de direitos humanos básicos das populações envolvidas. A especificidade das relações internacionais permite tratar povos como iguais dentro de alguns limites precisos, mesmo que internamente eles não tratem seus membros como iguais. (AUDARD, 2005, p. 252)

Muito mais haveria de ser dito acerca de sua utopia realista. No entanto, consideramos o esposado suficiente para os propósitos deste artigo, ressaltando ainda que, embora o tratemos em tópico apartado, o direito de intervenção é componente da utopia realista, enquanto integrante do que Rawls chama de teoria não ideal.

2 O DIREITO DE INTERVENÇÃO SEGUNDO O DIREITO DOS POVOS

Considerando as condições extremas de injustiça e desigualdade que vigoram no contexto internacional, Rawls considera imprescindível, antes de considerar completa sua ideia de Direito dos

⁶ A autora defende, todavia, que entender direitos humanos restritamente é “provavelmente um preço muito alto a pagar pela cooperação de povos não liberais.” (AUDARD, 2007, p. 241, tradução nossa).

Povos, abordar o problema de transição gradual daquelas sociedades que não querem ou podem satisfazer as prescrições das normas internacionais de justiça. Passa então a analisar o caso especial de dois tipos de sociedades: os Estados fora-da-lei e os povos onerados.

Os Estados fora-da-lei são caracterizados por Rawls como aqueles que se recusam a observar os princípios e regras do Direito dos Povos, agindo de acordo com seus interesses puramente racionais e acreditando que a satisfação destes é suficiente para entrar em guerra com outros povos. Nesse sentido, há casos em Estados como esses “violam direitos reconhecidos pela sociedade de povos razoáveis e decentes e estão sujeitos a algum tipo de intervenção em casos graves.” (RAWLS, 2002, p. 90, tradução nossa).

E assim o entende porque concebe direitos humanos como sendo exigíveis universalmente, mesmo por aqueles Estados que não os reconhecem, mas não os podem desconsiderar com uma ideia supostamente ocidental. Assim, seria legítima uma intervenção em casos extremos de violação àqueles direitos:

A lista de direitos humanos honrados por povos liberais e regimes hierárquicos decentes deve ser entendida como direitos universais no seguinte sentido: eles são intrínsecos ao Direito dos Povos e têm um efeito político (e moral), independentemente de serem apoiados localmente. Isto é, sua força política (e moral) estende-se para todas as sociedades, e eles vinculam todos os povos e sociedades, incluindo os Estados fora-da-lei. (RAWLS, 2002, p. 80-81, tradução nossa)

Por outro lado, há também o caso das sociedades oneradas por condições desfavoráveis, isto é, sociedades que não são agressivas nem expansionistas, mas, em face das condições sociais, econômicas e políticas que atravessam, não conseguem garantir à sua população a satisfação de um mínimo social necessário para se integrarem à Sociedade de Povos.

Em tais casos, os povos liberais e decentes têm, para com essas sociedades, um direito de assistência. Pode-se falar, ao mesmo tempo, num direito de intervenção, no sentido de implementação de determinados princípios e regras, uma vez que o “fim a longo prazo é que sociedades (relativamente) bem-ordenadas devem trazer sociedades oneradas, bem como Estados fora-da-lei, para a Sociedade de Povos bem-ordenados.” (RAWLS, 2002, p. 106, tradução nossa).

Recorrendo a um estudo feito por Amartya Sen, Rawls ressalta que a simples disponibilidade de fundos não é suficiente para socorrer as sociedades oneradas, pois as falhas da estrutura política e social não permitem o devido aproveitamento dos recursos financeiros. Impõe-se, assim, uma ênfase em direitos humanos, com vistas a alterar a estrutura política e social, tornando-a mais eficaz.

Impõe-se, para ambos os casos de intervenção, uma espécie de guia de instruções a ser seguido pelos povos, sempre tendo como um fim a longo prazo fazer das sociedades sujeitas à intervenção integrantes da Sociedade de Povos, relacionado-se sob os princípios e normas do Direito dos Povos. Por isso, a conduta de guerra tem de observar os direitos humanos, não só porque estes vinculam a ação dos povos liberais e decentes, mas porque se busca “ensinar os soldados e civis inimigos o conteúdo daquele direito, exemplificado pelo tratamento que eles recebem.” (RAWLS, 2002, p. 96, tradução nossa).

Assim também é com o dever de assistência, pois “respeitar os direitos humanos poderia também desencadear pressão popular dentro de uma sociedade onerada, no sentido de exigir o que a economia e a sociedade podem decentemente sustentar” (RAWLS, 2002, p. 109, tradução nossa).

A simples exposição da utopia realista de Rawls, todavia, não responde ainda à questão de por que seria legítimo aos povos liberais e decentes impor sua própria concepção política, bem como julgar os demais povos segundo seus parâmetros e critérios tirados de sua cultura política. Não se extrai também a razão pela qual o Direito do Povos deve dispor de validade objetiva e universal.

A fim de se concluir sobre o que supomos ser a resposta que Rawls oferece a tais questões, trataremos antes da interpretação que o autor faz do pensamento kantiano, quanto à unidade da razão e sua autoautenticação, o que consideramos passo necessário para que se compreenda a justificação racional do direito de intervenção de Rawls.

3 A UNIDADE DA RAZÃO EM KANT SEGUNDO A INTERPRETAÇÃO DE RAWLS

Iniciamos com o que Rawls sustenta ser o abandono da tentativa de empreender uma dedução da lei moral por parte de Kant. Afirma que Kant esforçou-se, durante muito tempo, para derivar a lei moral da razão teórica, capaz de evidenciar razões pelas quais não só um ser racional necessariamente agiria conforme aprovado pelo juízo moral, mas também se sentisse compelido a agir de tal forma.

Sustenta que o reconhecimento dessa impossibilidade restaria expresso em diversas passagens da obra de Kant, pois este acabaria por concluir que a lei moral não poderia ser derivada de nossa experiência moral, uma vez que é uma lei *a priori* com respeito à razão prática empírica, bem como que não poderia mesmo ser derivada da ideia de liberdade, que, enquanto postulado da razão prática, não possui intuição intelectual.

Com isso, abre-se caminho para a questão da autenticação da lei moral. Se para ela não há qualquer dedução, como ser considerada, em última análise, adequada por um ser racional? De igual forma, qual é a motivação que o indivíduo tem para agir em sua conformidade? A resposta para tanto começa a ser dada por Kant, já na *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*:

Ora, é impossível pensar uma razão que com a sua própria consciência recebesse de qualquer outra parte uma outra direção a respeito dos seus juízos, pois que então o sujeito atribuiria a determinação da faculdade de julgar não à sua razão, mas a um impulso. Ela tem de considerar-se a si como autora dos seus princípios, independentemente de influências estranhas; por conseguinte, como razão prática ou como vontade de um ser racional, tem de considerar-se a si mesma como livre; isto é, a vontade desse ser só pode ser uma vontade própria sob a idéia da liberdade, e, portanto, é preciso atribuir, em sentido prático, uma tal vontade a todos os seres racionais. (KANT, 1980, p. 150).

A lei moral é autenticada pelo que Kant chama de “fato da razão” e, para aqueles que o reconhecem, pela própria liberdade que, com isso, adquire realidade objetiva. Assim, Rawls conclui afirmando que o fato da razão consiste no “fato de que, como seres razoáveis, temos consciência da lei moral como a lei que é para nós a lei dotada de suprema autoridade e sumamente reguladora, e de que em nosso pensamento e juízo morais comuns a reconhecemos como tal.” (RAWLS, 2005, p. 298).

O fato da razão vem responder à pergunta acerca de como a razão prática pode determinar a nossa vontade. Assim sendo, aqueles que têm consciência da lei moral como supremamente reguladora concebem-se como livres, visto que a liberdade assume realidade objetiva, embora não se saiba como.

Decorre disso que o reconhecimento do postulado da liberdade é uma ampliação do nosso conhecimento, mas apenas sob o ponto de vista prático. Todavia, a ampliação de tal conhecimento requer um propósito *a priori*, que consistiria no objeto da lei moral, pois a razão prática, para ser capaz de dirigir a vontade, depende de uma base de motivação:

(...) nossa consciência da lei moral como supremamente obrigatória para nós deve ser tão profundamente enraizada em nossa pessoa como razoável e racional, que essa lei por si mesma, quando plenamente conhecida e compreendida, possa ser um motivo suficiente para agirmos segundo ela, sejam quais forem nossos desejos naturais. (RAWLS, 2005, p. 293).

A razão prática, então, tem de construir seu objeto *a priori*. Rawls considera que a leitura de Kant possibilita compreendê-lo de duas formas: como um reino dos fins e como a ideia de sumo bem. Declara, todavia, sua preferência

pelo primeiro, aduzindo que a ideia de sumo bem não foi trabalhada por Kant de forma coerente dentro dos princípios e conceitos de seu pensamento, de modo que trataremos apenas do reino dos fins, o que será suficiente para este trabalho.

Enquanto objeto *a priori* da lei moral, o reino dos fins pressupõe um mundo inteligível, no qual pessoas agem sempre movidas por aquilo que se pode chamar de uma boa vontade, isto é, não motivando suas ações em desejos, inclinações, paixões etc.:

Chamo mundo moral, o mundo na medida em que está conforme a todas as leis morais (tal como pode sê-lo, segundo a liberdade dos seres racionais e tal como deve sê-lo, segundo as leis necessárias da moralidade). O mundo é assim pensado apenas como um mundo inteligível, pois nele se faz abstração de todas as condições (ou fins) da moralidade e mesmo de todos os obstáculos que esta possa encontrar (fraqueza ou corrupção da natureza humana). (KANT, 2001, p. 641).

Por outro lado, também enquanto objeto da lei moral, o reino dos fins consiste em um ideal realizável no mundo natural, embora nunca plenamente. Impõe-se como um ideal de moralidade autorrecompensadora, que cada um aja como deve. Trata-se, portanto, de um mundo em que a natureza é sujeita à vontade, e não o contrário.

Isso pressupõe, todavia, que o próprio mundo natural seja amoldável a tal mundo inteligível, o que leva Kant a sustentar, argumenta Rawls, que não basta a crença razoável na liberdade. Há que haver uma crença genérica de que a própria ordem da natureza e do mundo social comportam o desenvolvimento rumo a esse ideal:

Não é suficiente afirmar nossa liberdade e reconhecer a liberdade de todas as pessoas em virtude de suas faculdades da razão. Pois só podemos acreditar que um reino dos fins é possível no mundo se a ordem da natureza e as necessidades sociais não forem hostis a esse ideal. Pois, para tanto, o mundo deve conter forças e tendências que, a longo prazo, tendam a produzir ou ao menos sustentar um tal reino e a educar a humanidade para que promova esse fim. (RAWLS, 2005, p. 366).

Portanto, vinculada ao fato da razão, surge uma fé razoável, isto é, uma crença razoável de que a natureza e a ordem social não são avessas a um aprimoramento moral progressivo da humanidade, em direção a um reino dos fins. O papel que Kant atribui à filosofia seria o de promover uma defesa dessa fé razoável.

Embora não se possa apresentar prova da existência da liberdade, o fato de não existirem provas de sua impossibilidade é suficiente para que creiamos e façamos reivindicações legítimas nesse sentido. O que Rawls quer dizer com

isso é que Kant confere a cada razão, teórica e prática, interesses próprios, que não se equilibram, somam, ou subtraem um ao outro. Suas reivindicações, baseadas nos respectivos interesses, são igualmente legítimas.

Assim, a autenticação da razão prática, por meio da realidade objetiva que se confere à liberdade, não pode ser negada pela razão teórica, que renuncia ao campo especulativo. Ao mesmo tempo, é interesse da razão teórica “regular o entendimento e unificar na mais alta unidade sistemática possível o conhecimento científico de baixo nível que ele proporciona (...)” (RAWLS, 2005, p. 370). Isso faz com que seja ilegítimo também se aferir a realidade dos postulados, entre os quais a liberdade, a partir da razão prática empírica, que se serve de desejos e inclinações.

Com isso, a razão como um todo autentica a si mesma, na medida em que harmoniza plenamente as reivindicações de ambas as razões, teórica e prática, dentro de uma mesma estrutura. Nisso residiria a intenção de Kant ao fazer uma crítica da razão: estabelecer essa unidade.

4 A FILOSOFIA POLÍTICA DE RAWLS COMO DEFESA DA FÉ RAZOÁVEL

No fim de um de seus escritos, intitulado *A Ideia de um Consenso Sobreposto*, Rawls faz a seguinte afirmação:

Ao exibir a possibilidade de um consenso sobreposto numa sociedade com uma tradição democrática e confrontada com o fato do pluralismo, a filosofia política assume o papel que Kant deu à filosofia em geral: a defesa da fé razoável. Em nosso caso, torna-se a defesa da fé razoável na real possibilidade de um regime constitucional justo. (RAWLS, 2001, p. 448, tradução nossa)

A mesma afirmação é feita, em um momento posterior, em *O Liberalismo Político*, em termos mais ou menos semelhantes (RAWLS, 2000, p. 219). No caso, Rawls responde a objeções levantadas a sua hipótese de um consenso sobreposto envolvendo as diferentes doutrinas abrangentes no interior de uma sociedade liberal e democrática. São questões que se ligam à própria possibilidade do liberalismo político como resposta à necessidade de justiça política e estabilidade.

Embora não o diga expressamente em *O Direito dos Povos*, há razões mais do que suficientes para supormos que Rawls também ali assume ser esse o papel da filosofia política, isto é, a defesa da fé razoável, o que, para o autor, consiste na justificação de um direito de intervenção.

Não se trata, entretanto, de sustentar que Rawls assume integralmente o pensamento kantiano, tampouco de supor que a lei moral kantiana

é sumamente reguladora, a ser, então, seguida pelos povos. O pensamento de Rawls, desde as alterações feitas na proposta original de *Uma Teoria da Justiça*, tem se pautado na elaboração de uma concepção de justiça política, que é dotada de autossuficiência, isto é, que não se baseia em nenhuma doutrina abrangente, seja religiosa, filosófica ou moral.

Assim, Rawls assume, também, como é imprescindível à própria ideia de fé razoável, a impossibilidade de se apresentar uma justificação plenamente convincente, cuja validade objetiva e universal é inquestionável:

Alguns podem achar esse fato difícil de aceitar. Isso porque é frequentemente entendido que a tarefa da Filosofia é elaborar uma forma de argumento que se prove sempre convincente contra todos os outros argumentos. Tal argumento, entretanto, não existe. Os povos poderão sempre ter fins últimos que os levarão a opor-se uns aos outros sem qualquer compromisso. (RAWLS, 2002, p. 123, tradução nossa)

Isso porque os povos são autônomos, no sentido de que cabe a eles adotar os princípios de justiça do Direito dos Povos, como sendo aqueles que seus representantes formulariam na posição original. Com efeito, em sua proposta de Direito dos Povos, não há princípios ou conceitos deduzidos da razão prática. Ao contrário, ele dá conteúdo à razão prática através das ideias de razoabilidade, racionalidade e decência.

Assim, seguindo o caminho de Kant, assume a existência de quatro fatos extraídos da experiência histórica e política, os quais “não foram descobertos pela teoria social, nem devem estar sob disputa, uma vez que são quase truísmos” (RAWLS, 2002, p. 124, tradução nossa). São eles: (i) o fato do pluralismo razoável: a pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis é a consequência da razão humana sob instituições livres; (ii) o fato da unidade democrática na diversidade: a unidade social e política de uma democracia não exige que os cidadãos endossem uma doutrina abrangente única; (iii) o fato da razão pública: em uma democracia, os cidadãos percebem que não podem chegar a um acordo público com base em razões amparadas em suas próprias concepções; e (iv) o fato da paz democrática e liberal: democracias liberais bem ordenadas não guerreiam entre si.

Tais fatos desempenham um papel semelhante ao fato da razão em Kant, no sentido de que a partir deles é possível empreender uma defesa da fé razoável, isto é, a partir deles é possível se pensar que ordem natural e social não é avessa a um reino dos fins políticos, mas talvez até mesmo conducente a ele:

Podemos agora dizer, como Kant disse, que a organização política de um reino dos fins será uma sociedade (ou confederação) internacional pacífica de povos, cada povo organizado como um estado com algum tipo de regime representativo constitucional. Assumimos que esses regimes sejam estados

liberais constitucionais ou democracias sociais; para nosso propósito, não importa qual. Assim, quando o reino dos fins é o objeto da lei moral, a fé política razoável é, digamos, a fé em que uma tal sociedade internacional pacífica de povos é possível e favorecida pelas forças da natureza. (RAWLS, 2005, p. 367)

Portanto, o que Rawls faz ao empreender a construção de uma utopia realista é, precisamente, demonstrar a possibilidade do Direito dos Povos em face de nossa condição natural e social: construção de uma utopia realista é a defesa da fé razoável política.

E diz-se razoável porque o Direito dos Povos tem de satisfazer o critério de reciprocidade, o qual implica que um povo deve sempre propor termos de cooperação os quais acredita que os demais possam aceitar. Implica, assim, o reconhecimento do fato do pluralismo razoável a partir de cada doutrina abrangente. Do contrário, tem-se o fundamentalismo ou um relativismo levado às últimas consequências.

Portanto, a recusa de determinados Estados e sociedades a assumir termos de cooperação, os quais é não só razoável, mas racional que aceitem, enseja a intervenção, no sentido de levá-los a transformar suas instituições políticas. Nesse sentido, uma intervenção não pode ser taxada de ocidental ou etnocêntrica, pois não se pode argumentar que a simples ideia da cooperação entre povos é uma ideia ocidental, muitos menos etnocêntrica:

À objeção de que proceder assim é etnocêntrico ou meramente ocidental a resposta é: não, não necessariamente. Isso dependerá do conteúdo do Direito dos Povos que as sociedades liberais vão adotar. A objetividade desse direito claramente não depende em seu tempo, lugar ou cultura de origem, mas se ele satisfaz ao critério de reciprocidade e pertence à razão pública da Sociedade de Povos liberais e decentes. (RAWLS, 2002, p. 121, tradução nossa)

A defesa da fé razoável apresenta a possibilidade de um mundo inteligível e realizável que persegue interesses fundamentais dos povos, e assim da humanidade como um todo, sob a ideia de *foedus pacificum* e considerando o fato do pluralismo razoável (o que Kant não considerava).

Portanto, não é aceitável, do ponto de vista do Direito dos Povos, que Estados fora-da-lei causem graves violações a direitos humanos, sob a justificativa de que um tal mundo é impossível ou de que está agindo segundo sua própria concepção de bem, compatível com a religião oficial reconhecida, por exemplo. Também não é dado às sociedades oneradas por condições desfavoráveis que recusem a assistência dos povos liberais e decentes, por considerar que isso exigiria a implementação de padrões culturais, políticos ou sociais inaceitáveis para eles.

Não é legítimo porque tais considerações vão de encontro à crença de que um mundo no qual impere a paz e a cooperação entre os povos razoáveis e decentes seja possível. Pois podemos sempre crer na sua existência, do ponto de vista prático, visto que não há qualquer prova expressa da razão teórica em sentido contrário, o que é suficiente para pressupor sua possibilidade.

CONCLUSÃO

Rawls assume a defesa da fé razoável, de inspiração kantiana, como o papel de sua filosofia política, que, em *O Direito dos Povos*, assume o sentido de demonstrar que o propósito de paz e cooperação é viável, quando tomados os homens como eles são e as leis como elas podem ser. Assim, passa a elaborar seu projeto de uma utopia realista, a fim de demonstrar a possibilidade de um mundo em que povos liberais e decentes vivam sob o Direito dos Povos. Nesse caminho, há que sempre se tomar precauções para que a proposta seja razoável e racional, o que é feito, sobretudo, por intermédio do critério da reciprocidade e da posição original.

Haverá Estados fora-da-lei que se recusam a cumprir um padrão mínimo previsto pelo Direito dos Povos sob o argumento de que este alberga um mundo fragmentado de falsas doutrinas. É possível também que sociedades oneradas recusem a assistência com base em argumentos relativistas ou fundamentalistas. Pois, como não é possível apresentar uma argumentação sempre convincente, tais tendências seguem os propósitos adotados por cada um deles, ou pelo menos por seus governantes.

Não sendo possível, então, uma dedução da razão prática, a própria razão julga a si mesma, e cabe, então, a nós decidir se é razoável um tal Direito dos Povos. Em caso afirmativo, temos o direito de intervir naqueles Estados e sociedades que fecham os olhos ao fato do pluralismo razoável, ameaçando, por razões que nem todos podem aceitar, a paz e a cooperação internacionais.

REFERÊNCIAS

AUDARD, Catherine. **John Rawls**. Trowbrigde: Cromwell Press, 2007.

_____. **Normes internationales de justice et globalisation de l'éthique**. Veritas - Revista Quadrimestral de Filosofia da PUCRS. Porto Alegre, v. 50, n. 1, p. 23-29, mar. 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** In: Textos Seleccionados. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

_____. **Para a paz perpétua.** Tradução de Bárbara Kristensen. Rianxo: Instituto Galego de Seguranga Internacional e da Paz, 2006.

RAWLS, John. **A theory of jusice.** Rev. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

_____. **Collected papers.** Edited by Samuel Freeman. Cambridge: Harvard University Press. 2001.

_____. **História da filosofia moral.** Tradução de Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O liberalismo político.** 2. ed. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

_____. **The law of peoples; with, the idea of public reason revisited.** 4th ed. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

THE RIGHT TO INTERVENTION IN THE REALM OF INTERNATIONAL RELATIONS: THE RATIONAL JUSTIFICATION ACCORDING TO JOHN RAWLS'S POLITICAL PHILOSOPHY

Abstract: *The sovereignty, as a characteristic of states' power, has been questioned in the name of norms of international justice. In this context, the right to intervention, possibly based on those norms, appears as a way to compel some societies to acquire preponderant political and social patterns. Thus, this work aims to understand how John Rawls rationally justifies his right to intervention, taken as the right to implement some minimum political and social pattern, even though out of a liberal conception of political justice.*

Keywords: *John Rawls. Right to intervention. Rational justification*

Data de recebimento: **jan/2011** – Data de aprovação: **mar/2011**



CURSO DE DIREITO

REVISTA JURÍDICA DA FA7

— Normas para publicação —

- I. A REVISTA JURÍDICA DA FA7 propõe-se a publicar artigos jurídicos, cujos originais serão submetidos a exame pelo Conselho Editorial.
 - a) Os textos publicados expressam a opinião de seus autores e são de sua exclusiva responsabilidade.
 - b) Os textos deverão caracterizar-se pelo uso adequado do vernáculo, pela concisão, pela precisão e pela clareza.
- II. O Conselho Editorial informará aos autores se seus textos submetidos para publicação foram ou não aprovados.
 - a) Os originais não serão devolvidos.
 - b) Pequenas alterações no texto serão feitas pelo Conselho Editorial.
 - c) Alterações substanciais serão solicitadas pela Comissão Editorial ao autor, que terá sete dias úteis, a contar da data do recebimento da solicitação, para fazê-las. Caso o autor não as faça, seu texto será desconsiderado para publicação.
 - d) Não serão aceitas modificações após o envio dos textos para a gráfica.
- III. Os originais submetidos para publicação deverão ser enviados à coordenação do curso de Direito da FA7, conforme abaixo:
 - a) em uma via impressa em papel tamanho A4, letra Arial, corpo 12, espaço 1,5 entre linhas e entre parágrafos, folhas numeradas e impressas em um só lado;
 - b) em MS Word (.doc), em versão 6.0 ou superior, gravado em disquete ou cd;

- c) em total obediência às normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) e do Manual de formatação de monografia jurídica, do curso de Direito da FA7, que se encontra disponível na biblioteca da faculdade e no seu sítio eletrônico;
 - d) para os textos classificados nos itens 'a' e 'b' da cláusula IV abaixo, com resumo, em português, e abstract, em inglês, com extensão de 80 a 100 palavras cada, mais três ou quatro palavras-chave (com respectivas key words);
- IV. Os originais submetidos para publicação deverão ser classificados conforme abaixo, obedecendo à respectiva extensão:
- a) Estudos teóricos/ensaios — análises de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando questionamentos de modos de pensar o Direito e a novas elaborações (extensão em torno de 6.000 palavras);
 - b) Relatos de pesquisa — investigações baseadas em dados empíricos, recorrendo a metodologia quantitativa e/ou qualitativa. Neste caso, necessário conter, no mínimo, introdução, metodologia, resultados e discussão (extensão em torno 4.000 palavras);
 - c) Comunicações — relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais (extensão em torno de 3.000 palavras);
 - d) Ressonâncias — resenhas, comentários complementares e réplicas a textos publicados (extensão em torno de 3.000 palavras);
 - e) Resumos — de tese, dissertação ou monografia devidamente aprovada por banca examinadora de instituição de ensino superior, com identificação do professor orientador (extensão: 200 a 600 palavras).
- V. Os originais submetidos para publicação deverão ser acompanhados de termo de declaração preenchido e firmado pelo autor. O referido termo encontra-se no sítio eletrônico da FA7.
- VI. Permite-se a reprodução de textos publicados na revista, desde que seja citada a fonte.

Fortaleza, 10 de setembro de 2006
Conselho Editorial.