

REVISTA DA
PROCURADORIA
GERAL DO ESTADO
DE SÃO PAULO

CENTRO DE ESTUDOS

51/52

JANEIRO/DEZEMBRO / 1999

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO

MÁRIO COVAS
Governador do Estado

MARCIO SOTELO FELIPPE
Procurador Geral do Estado

ANNA CARLA AGAZZI
Procuradora do Estado
Chefe do Centro de Estudos



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

REVISTA DA
PROCURADORIA GERAL DO
ESTADO DE SÃO PAULO



CENTRO DE ESTUDOS

CENTRO DE ESTUDOS
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
Rua Álvares Machado, 18 - Liberdade
01501-030 - São Paulo - SP - Brasil
Telefone: (011) 3107-8451 - Fax: (011) 3105-6253
Home page: www.pge.sp.gov.br
Email: pge.sp@uol.com.br

Procuradora do Estado Chefe do Centro de Estudos, Anna Carla Agazzi

Assessoria: André Brawerman, Marcelo de Aquino, Maria Aparecida Medina Fecchio

Comissão Editorial: Anna Carla Agazzi (Presidente), Adriana Guimarães, André Brawerman, Décio Grisi Filho, José Damião de Lima Trindade, Magali Jurema Abdo, Mara Christina Faiwichow Estefam, Marcelo de Aquino, Maria Regina Fava Focaccia, Raquel Freitas de Souza e Shirley Sanchez Tomé.

Revista: Marcelo de Aquino e Raquel Freitas de Souza (Coordenação Editorial), Francisca Pimenta Evrard e Cláudio R. Regos Pavão (Revisão), Paulo Severo dos Santos (Distribuição).

A Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo é publicada com frequência semestral, sendo o semestre indicado pelo seu último mês; circula no semestre seguinte ao de referência. Permite-se a transcrição de textos nela contidos desde que citada a fonte. Pede-se permuta.

Qualquer pessoa pode enviar, diretamente à Comissão Editorial, matéria para publicação na Revista. Os trabalhos assinados representam apenas a opinião pessoal dos respectivos autores; se aprovados por superiores hierárquicos, representam também a opinião dos órgãos por eles dirigidos.

Tiragem: 2.250 exemplares.

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

São Paulo, SP, Brasil, 1971 -

(Semestral)

1971 - 1999 (1-52)

CDD - 340.05
CDU - 34 (05)

Produção Gráfica e Fitolitos

Quality Planejamento Visual Ltda. - Tel.: (011) 4330-4985

Impressão

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo - IMESP

Arte da Capa

Fabio Lyrio - Tel.: (011) 575-6603

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	
Marcio Sotelo Felipe	11
A NOVA FACE DA LEI	
Nilton de Freitas Monteiro	13
MARX, A TRADIÇÃO LIBERAL E A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO UNIVERSAL DE HOMEM	
Domenico Losurdo	37
A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA PÓS-MODERNIDADE	
José Augusto Lindgren Alves	59
A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	
Flávia Piovesan	81
REFORMA POLÍTICA DO ESTADO E DEMOCRATIZAÇÃO	
Alexandre de Moraes	103
ORGANIZAÇÕES SOCIAIS	
Eurico de Andrade Azevedo	135
UM CASO DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL	
Simone Andréa Barcelos Coutinho	143
PROJEÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA A REFORMA PENAL	
Marcelo Semer	153
O LITISCONSÓRCIO NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA	
Marcelo José Magalhães Bonicio	175
A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DO DISTRITO FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO	
Robson Flores Pinto	191
ANISTIA E REMISSÃO TRIBUTÁRIA NO PROCESSO FALIMENTAR	
Elcio Reis	213
DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO	
Monica Tonetto Fernandez	237

A norma, o verso, a vida – tomar partido!

“Em vez de serem apenas bons, esforcem-se
Para criar um estado de coisas que torne possível a bondade
Ou melhor: que a torne supérflua!
Em vez de serem apenas livres, esforcem-se
Para criar um estado de coisas que liberte a todos
E também o amor à liberdade torne supérfluo!
Em vez de serem apenas razoáveis, esforcem-se
Para criar um estado de coisas que torne a desrazão de um indivíduo
Um mau negócio!”
(Bertolt Brecht, “De Que Serve a Bondade”)

Quem esqueceu a porta aberta?

Quem admitiu entrar o poema no livro jurídico? Isso pode ser perturbador! Essa vocação certamente libertina, essa sensibilidade à solta, essa irresignação, esse inconformismo sem freios, logo virão críticas à ordem estabelecida, pregação de utopias, negação e mais negação – pensem no que isso tudo pode conduzir!

Assim exclamarão indignados os que proclamam a necessidade de conservar a jurídica norma como exato reverso do verso, inverso dos encantos da rima, avesso da sonoridade, antípoda dos ritmos vitais, forma forcejando para ser fôrma, ou, muitíssimo pior, métrica tirânica cerzida pelos interesses dos muito fortes, muito ricos e muito representados nas casas fazedoras de normas.

Esse direito pretende-se norma “pura”, coisa, objeto ensimesmado e autônomo. Que se o interprete e aplique, ponto final. Críticas se façam, tão-somente, a propósito de eventuais “imperfeições” de sua técnica. Há que afastar dessa hermenêutica asséptica toda consideração de natureza política, social, moral – essas ponderações são “extra-jurídicas”. Um direito assim tão torto, tão desumano para a maioria dos humanos, não quer mesmo saber de poesia por perto – nem de filosofia, nem de história, nem de... nada que faça pensar, que faça sentir, desalienar, enternecer, indignar. É, supostamente, “neutro”, como na denúncia do personagem de Anatole France: “O Direito, com seu igualitarismo majestoso, proíbe igualmente, a pobres e ricos, de furtarem pão e dormirem ao relento”.

Esse direito não se comove nem se revolta com a inversão de valores que sustém em suas entranhas, valores que, em vez de libertar, oprimem. Como na “Anedota Búlgara”, de Carlos Drummond de Andrade:

“Era uma vez um czar naturalista
que caçava homens.
Quando lhe disseram que também se caçam borboletas e andorinhas,
Ficou muito espantado
E achou uma barbaridade”

Mas, como tudo o mais na vida, o Direito e os que o têm por mister, andam divididos. Começa, entre nós, a assumir vulto, volume e voz uma categoria de “desabusados” que querem mesmo semear dúvida, pôr em questão, desvestir o manto sagrado da norma jurídica, exhibir sua parcialidade, evidenciar que ela porta interesses no seu ventre e que toma parte no conflito – nunca foi “pura”, “neutra”, nem está acima das “paixões” – ao contrário, serve, via de regra, a uma parte dos portadores das “paixões” em contenda. Assim desvelado o fetiche, campos opostos ficarão iluminados e, então, nossa razão e nossa sensibilidade poderão, agora sem mais enganos, tomar outro partido – desta vez, no empenho de transformar o direito em instrumento de transformação. Certamente seremos “perturbados” pelas descobertas. Perturbadoras são, por exemplo, as revelações expostas no inquietante ensaio do inquieto Domenico Losurdo, publicado nesta edição (não cometerei a imprudência de me referir a trabalhos de colegas...). Porque perturbadora é a realidade que nos envolve. Assumir isso é o primeiro passo para negá-la criativamente na práxis concreta. Como, novamente, nos ensina nosso velho Drummond em “Mãos dadas”:

“ Não serei o poeta de um mundo caduco.
Também não cantarei o mundo futuro.
Estou preso à vida e olho meus companheiros.
Estão taciturnos mas nutrem grandes esperanças.
Entre eles, considero a enorme realidade.
O presente é tão grande, não nos afastemos.
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas.

Toda esta linha de ponderações é, certamente, polêmica. Mas quê seria da vida do advogado sem polêmica? Escolhi um campo, um lado, tomei partido, é isso.

E, se espaço ainda me resta para algo mais que brote do peito, deixo a cada uma das minhas colegas Procuradoras e a cada um dos meus colegas Procuradores do Estado de São Paulo, à guisa de abraço afetuoso e demorado, os versos de “Cultivo Uma Rosa Branca”, de José Martí:

“Cultivo uma rosa branca
em julho como em janeiro,
para o amigo verdadeiro
que me estende sua mão franca
E para o mau que me arranca
O coração com que vivo,
Cardo ou urtiga não cultivo:
Cultivo uma rosa branca.”

Nas águas de março de 2000
MARCIO SOTELO FELIPPE
Procurador Geral do Estado de São Paulo

A NOVA FACE DA LEI

Nilton de Freitas Monteiro*

Sumário: 1. A lei como expressão da “vontade geral”. 2. A igualdade jurídica. 3. A divisão de poderes. 4. A pressão reformista. 5. A dogmática jurídica. 6. Conclusão: o direito, hoje.

* Procurador do Estado de São Paulo.

Há na sociedade sensação geral de instabilidade jurídica. Tal sensação decorre das instituições que aparentemente não funcionam, do governo eternamente sob suspeita, e, ultimamente, há uma insatisfação contra os operadores do direito – juízes, procuradores e advogados. Poderíamos chamar isso de crise de legitimidade, sendo certo que tal definição, geralmente aplicável às dificuldades do Executivo e Legislativo, agora se espalha para os ambientes mais calmos do Judiciário.

Quando se fala em instituições e poderes, fala-se, em verdade, do sistema jurídico. No Estado de Direito, são as normas que determinam os contornos políticos da sociedade, os direitos das pessoas e o que podem fazer as autoridades. Pois bem, há também uma crise de legitimidade das normas. Assim, a mudança da Constituição, antes pensada como fato raro e solene, torna-se, no Brasil, uma espécie de programa de governo e de partidos políticos. As leis complementares e ordinárias, mal editadas, ensejam imediatamente propostas de mudanças. Aos poucos, vamos nos acostumando com a idéia de que as leis são fatos políticos e não regras de conduta com pretensões de permanência. A autoridade normativa, outrora inquestionável, cede lugar ao ceticismo e às brincadeiras a respeito das normas que “pegam” ou não “pegam”.

Porém, é preciso precaver-se contra a tendência mais comum de encarar as crises sob o ângulo meramente conservador e pessimista. Nem sempre a solução para as crises consiste em dar um passo para trás. Há crises produtivas, que abrem uma janela para o futuro. Obviamente, enquanto esse futuro não chega ou tem um parto difícil, há insegurança e temor; a primeira tendência, diante das dificuldades, é olhar o passado e apegar-se às soluções já conhecidas que, infelizmente, não funcionam e agravam a situação.

Outra resposta, é procurar compreender os fundamentos. Verificar a estrutura e a história das coisas aparentemente atingidas por crises. Isso nem sempre gera soluções, mas acalma. Constitui-se um primeiro passo. A primeira tarefa para quem procura por caminhos, é saber onde está. Para isso, a reflexão é imprescindível e inadiável.

Neste texto, vamos nos limitar a abordar a questão da referida crise de legitimidade da lei e a sua nova face nas sociedades modernas. Parece pertinente tentar compreender por que se tem a sensação de que as leis, ordinárias ou constitucionais, têm hoje a mesma virtude dos vestidos e demais objetos de indumentária: variam com a moda. Evidentemente, cuida-se de um texto inicial, um esboço cujo objetivo é contribuir para um debate que acontece em toda a sociedade. Seria pretensioso julgar possuir uma chave mágica, capaz de resolver todos os problemas que serão apontados. No entanto, conforme se verá no final do texto, há necessidade de um novo entendimento da lei e de como ela pode ser aplicada, no contexto de uma visão atualizada do direito.

1. A LEI COMO EXPRESSÃO DA “VONTADE GERAL”

A idéia de lei predominante após a Revolução Francesa concretiza aspirações e teorias forjadas a partir do Renascimento, a respeito da autonomia do indivíduo e vontade soberana do corpo político. Rousseau materializou tais idéias ao considerar legítima, apenas, a autolegislação, ou seja; uma norma merece ser respeitada se o indivíduo que lhe presta obediência participou de sua elaboração. Com efeito, a partir do final do século XVIII não há mais condições de justificar a obediência apelando-se para uma autoridade externa. Todo poder, inclusive o poder jurídico, deveria refletir, em última instância, o pensamento livre e racional dos indivíduos. Estes seriam capazes de escolher o que melhor lhes convém, e, a partir dessa “maioridade”, inicia-se o processo do direito.

Isso é profundamente inovador. Geralmente, justifica-se a obediência ao direito pelo fato de suas regras emanarem de fontes situadas acima dos desejos fugazes e infantis dos homens. São regras provenientes de Deus (expressas num livro sagrado, como a Bíblia ou o Corão) ou de costumes imemoriais, de tradições, de um estado de coisas, de um “foi sempre assim”. A grande conquista (e responsabilidade) da época moderna consiste exatamente em considerar todos os indivíduos livres e autônomos, e, portanto, capazes de assentir livremente sobre seus direitos e obrigações.

A autonomia individual, do modo radical como foi concebida, a partir do Renascimento, gera um problema. Constatou-se que os indivíduos têm anseios e ambições muito próprias – interessam-se, sobretudo, pela sobrevivência, pela busca do prazer, e são vaidosos. Ao contrário do que diziam os pensadores gregos, julgou-se que o homem não é um animal político; ele é um ser possessivo, que, em princípio, quer tudo para si. O bem comum não lhe interessa, num primeiro momento. O problema do individualismo é constituir uma sociedade política onde cada um viva em paz e não passe o tempo todo em batalha contra os outros, em busca de mais bens e poder. Em síntese, é preciso passar da vontade individual, que gera a guerra de todos contra todos, para a “vontade geral” – que traz uma certa paz para o desenvolvimento dos negócios e permite a convivência.

Não seria o caso, aqui, de descrever os meandros e as várias propostas tendentes a resolver esse dilema. Também não se trata de aceitar ou criticar os pressupostos da questão. O importante é mostrar o campo teórico, a problemática a partir do qual se constituiu o direito tal como ainda o vemos hoje.

Talvez a solução mais interessante, e que bem reflete a prática adotada na Revolução Francesa, foi a de Kant. Para esse filósofo pacífico, os indivíduos são irremediavelmente egoístas. Imaginar outra coisa é viver na fantasia, construir uma espécie de Disneylândia espiritual, habitada por anjos e não seres de carne e osso. Os homens jamais viverão engajados em causas beneméritas ou se comportarão como

cordeiros, numa sociedade sorridente (constatação que a história política do século XX, com seus delírios totalitários, infelizmente vai reafirmar). Da raiz torta de onde provém o homem não é possível esperar muito. Há, no entanto, uma esperança. Ela é proveniente do fato de que todos os homens, apesar de egoístas, têm uma capacidade poderosa: a razão. E isso modifica tudo.

A partir desse fato corriqueiro, de que os indivíduos pensam, Kant retomará a “vontade geral” de Rousseau, abrindo a perspectiva de que esta assuma uma forma concreta: a lei.

Kant extrai todas as consequências políticas dessa hipótese sedutora. A partir da racionalidade humana, tentará conciliar a vontade individual com a “vontade geral”. Ele não adotará a solução moralizante, de cunho religioso, que consistiria em simplesmente eliminar a primeira e pleitear que todos os homens, mediante uma reforma de espíritos, deixem de pensar em si próprios e vivam em busca do bem comum.

Eis seu procedimento. Os homens são egoístas, mas têm necessidade de desenvolver esse egoísmo em sociedade. Para isso, precisam comunicar-se entre si, apresentar suas razões. Enfim, a necessidade de associação dos indivíduos e a racionalidade humana implicam na constituição de um espaço público. Kant pede que imaginemos um país de ladrões, reunidos em assembléia. Nessa assembléia, jamais se prolataria uma lei abolindo a propriedade privada, legitimando, por exemplo, o furto. O ladrão-orador, que tomasse a palavra nessa assembléia, defenderia o direito de propriedade e a punição do furto, pois tem interesse em manter para si o bem. O espaço público obriga as pessoas a serem racionais. É verdade que esse ladrão-orador, fora da assembléia, em uma esquina, vai tentar furtar a carteira de um pedestre, mas é assim mesmo. O mal, em termos kantianos, consiste em permitir-se a exceção¹.

Desse modo, a lei, votada democraticamente num espaço público, seria a “vontade geral” de Rousseau, expressa de maneira concreta. A lei representaria, sempre, a tentativa de encontrar o bem comum, mesmo quando votada por homens que defendem interesses próprios, sem preocupações com o bem público. A necessidade de apresentar razões e encontrar pontos de convergência, faz com que a lei vá além das intenções particulares de quem a vota. Há, portanto, uma verdade racional, emanada do diálogo, o que traz para o primeiro plano os princípios da publicidade. Assim, a verdade, na política, é sempre pública, e pouco importam motivações secretas e intenções subjetivas dos agentes envolvidos. Essas, repita-se, se dissolvem nesse espaço e obedecem a uma lógica que consegue superar e situar-se acima dessas motivações.

1. Sobre o tema, ver Hannah Arendt, Lições sobre a filosofia política de Kant, Relume Dumará, 1993.

A positivação do direito, ocorrida após a Revolução Francesa, vai considerar a lei sob essa ótica benevolente. Ela é o ponto culminante da sociabilização humana e da capacidade de os indivíduos formarem uma “vontade geral” racional, constituída num espaço permeado pela publicidade e onde todos possam apresentar seus argumentos.

2. A IGUALDADE JURÍDICA

Outro fundamento do direito moderno é a igualdade. Para entendê-la bem, é preciso lembrar como ela era pensada, nos sistemas jurídicos anteriores ao abalo produzido pela Revolução Francesa. Na sociedade pré-revolucionária, cada pessoa estava fixada em determinado segmento social. Quem nascia nobre era nobre a vida inteira, e do mesmo modo o camponês, cada qual com suas faculdades e deveres (esse último com mais deveres que faculdades). Essa ordem rígida, com distribuição diferenciada de encargos, vai sendo paulatinamente rompida ou considerada inaceitável, tendo em vista o processo iniciado pela Grande Revolução. Doravante, sob o signo da igualdade e autonomia do indivíduo, distinções baseadas na pertença a um ou outro segmento social são julgadas inaceitáveis.

Na época moderna, todos seriam, em princípio, iguais e capazes de pensar, e, preenchidas certas condições, teriam condições de atingir a “maioridade” intelectual e influir nos assuntos públicos. Graças a tal capacidade, e à perspectiva de a sociedade, racionalmente, estabelecer suas regras de convivência, há um otimismo quanto à possibilidade da história humana paulatinamente atingir um estágio superior de liberdade. Que tal processo seja difícil, que haja forças reacionárias impedindo a concretização da igualdade e liberdades mais amplas, isso era claro nos albores do século passado. No entanto, a direção da marcha estaria definida, e, mais dia, menos dia, haveria um mundo racional e livre, sob o império dos direitos humanos e da lei.

Um jovem chamado Karl Marx, no entanto, em artigo intitulado “A Questão Judaica”, apresentou dúvidas impertinentes, que empanaram a confiança nesse destino róseo. E fez isso, justamente, no cerne de uma discussão eminentemente jurídica, tendo em vista o advento de uma nova lei, na antiga Prússia, o mais poderoso estado germânico.

Nas primeiras décadas do século passado, na Prússia, editaram-se leis que impediam a participação de judeus na esfera política. Judeus eram impedidos de exercer as funções públicas, por exemplo, e tinham outras restrições legais que os colocavam em condição de inferioridade política. Os que advogavam a causa dos judeus, alegavam que tais leis eram contrárias à marcha da História, concebida esta como a possibilidade de todas as pessoas serem cidadãos integrais. No mundo moderno, diziam, com as leis sendo racionalmente discutidas no parlamento, não há mais lugar

para a distinção entre nacionais e judeus. Desse modo, as normas que restringiam direitos políticos desse povo eram emanções da ordem antiga, resistências à marcha da liberdade. Assim, tanto os opressores, quanto os próprios oprimidos, não podiam mais levar em conta diferenças raciais, face à nova realidade histórica, onde todos são, simplesmente, "cidadãos".

Marx, diante do caso, vai adotar uma posição própria. Esboçando os primeiros passos de uma tese fundamental, desenvolve o argumento de que a igualdade jurídica, fixada nas leis, não implica em igualdade real, na sociedade capitalista. Ou seja, uma coisa é a igualdade jurídica, formal, outra coisa a igualdade de fato. Remando contra a corrente das idéias politicamente corretas, Marx demonstra que a igualdade jurídica está estreitamente vinculada às necessidades do livre comércio. Todos precisariam ser formalmente iguais, no âmbito do mercado. No entanto, o mercado implica na criação de outras distinções, desconhecidas nas sociedades pré-capitalistas.

Assim, o direito moderno deixa de considerar a condição das pessoas (raça, origem social) e alega que todos têm, por exemplo, a liberdade de contratar. Essa liberdade é a mesma, tanto para o dono da fábrica, que tem bens para vender, quanto para o operário dessa mesma fábrica, cujo único bem é a sua própria força de trabalho. Ora, diria Marx, vender bens e vender a própria força de trabalho, embora sejam expressões da mesma liberdade de contratar, são coisas muito diversas. Por detrás dessa liberdade contratual, que considera todos iguais, há profundas diferenças sociais não superadas pela Revolução Francesa e respectivo sistema legal.

Tal constatação seria óbvia, não fosse Marx demonstrar que, mais do que uma simples diferença, há uma ilusão criada pelo capitalismo. Há uma espécie de astúcia do sistema, pelo fato de este dar a impressão de que todos são livres, quando, de fato, não o são. O sistema de produção de mercadorias, na sociedade capitalista, julga-se legítimo pelo fato de tornar todos iguais, melhor dizendo, formalmente iguais, e com isso amortece as reivindicações dos que estão em seu lado escuro, dos que mal sobrevivem, com seus salários. Contra essa ilusão de igualdade, Marx vai mostrar que há, ainda, burgueses e operários, classes dominantes e classes dominadas, e o arcabouço do direito, com o disfarce da forma jurídica, reproduz continuamente tal diferença.

Além de distinguir igualdade de fato e igualdade jurídica, Marx fará outra crítica ao coração da racionalidade do sistema burguês: a distinção entre *citoyen* e *bourgeois*. Na racionalidade burguesa, o indivíduo é, ao mesmo tempo, uma coisa e outra, consegue desempenhar os dois papéis. Apesar de cada um, no mundo capitalista, defender interesses próprios, puxar a brasa para a própria sardinha, é possível que o indivíduo se comporte como cidadão e consiga atingir o bem comum.

Marx não terá a confiança de Kant. Nesse, como vimos, é possível conciliar interesses privados com interesses públicos. A contradição entre os dois termos não impedia o advento de leis benéficas para a sociedade. Mesmo uma assembleia de ladrões poderia fazer leis de interesse geral. No interior do “espaço público”, este prevaleceria. Daí a importância, em Kant, da publicidade e da liberdade de opinião compartilhada. Por isso, as leis dependem de um processo aberto, onde todos possam falar e trocar idéias, e da impossibilidade das normas, das verdadeiras normas, serem unilaterais. Ou seja, o que vale é a lei (uma regra votada por assembleia), não o decreto (ato unilateral da autoridade).

Marx jamais aceitará esse esquema e vai ironizar a possibilidade de um deputado, de qualquer pessoa, à luz do dia ser um cidadão, e de noite, quando faz a contabilidade de seus negócios, ser um burguês. A figura hamletiana de indivíduos divididos, capazes de zelar pelo interesse público e, ao mesmo tempo, buscarem o lucro individual, é descartada.

Embora não fique muito claro ao longo de sua produção intelectual, a tendência de Marx é considerar que cada pessoa, cada indivíduo, pensa de acordo com sua posição na esfera produtiva, ou seja: o burguês pensa como burguês, o operário consciente pensa como operário. Inexiste uma posição de sobrevôo, exterior às classes sociais, na qual o pensamento seria capaz de fixar-se. Cada um de nós defende posições que, consciente ou inconscientemente, expressam nossa condição de burgueses, pequeno burgueses ou explorados. É verdade que esses últimos, os explorados, frequentemente defendem as classes dominantes, mas isso se deve ao efeito ilusório, “ideológico”, do formalismo jurídico burguês.

E como fica, nesse contexto, a questão política? Em verdade, a política vai para o segundo plano e tende a desaparecer. Destituída da possibilidade de comunicação, Marx acena com a inutilidade de se pensar na constituição de um espaço público e buscar a prevalência do “interesse geral”. De fato, a convivência social será justa o dia em que se mudar o modo de produção, o dia em que se atingir o comunismo. E a realização do comunismo decorre dos próprios mecanismos internos do modo de produção capitalista, que levam à vitória do interesse da classe operária sobre o interesse burguês.

Com essa vitória, tem início o reino da igualdade. Isso por uma questão quantitativa. É possível imaginar poucos dominando e explorando economicamente muitos, mas a inverso não é verdadeiro. Na medida em que o interesse da grande maioria da população prevalece, desaparece a própria dominação do homem sobre o homem.

3. A DIVISÃO DE PODERES

Além da noção de lei como concretização da “vontade geral”, aspecto este criticado por Marx, outro ponto fundamental, na visão liberal do direito, está na divisão de poderes. Na *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen*, de 1789, está declarado solenemente:

“Toda sociedade, em que não for assegurada a garantia dos direitos e determinada a separação dos poderes, não tem Constituição.”

Trata-se de adaptação de conhecida tese de Montesquieu, que pleiteava uma sociedade política com as funções executivas, judiciárias e legislativas separadas. Obedeceu-se ao pressuposto básico de Montesquieu: a visão do poder político como uma espécie de gás, que tende naturalmente a expandir-se. Todo poder, em princípio, tende à tirania e só haveria um meio de impedir isso: a existência de outro poder. Por intermédio de mecanismos de coordenação e limitações recíprocas, os famosos freios e contra-pesos, o corpo político conseguiria conviver em paz, sem possibilidade de um poder exceder-se em demasia, pois seria vigiado e contido pelo outro.

Porém, a Revolução Francesa realizou uma modificação essencial na idéia de divisão de poderes: a formalização. Trata-se de diferença importante, pois em Montesquieu cada poder era exercido por um segmento social. A magistratura seria exercida pela chamada noblesse de robe, as funções executivas estariam a cargo do rei e sua nobreza, as funções legislativas ficariam com o “povo”, ou seja, a burguesia. Desse modo, Montesquieu concebia a divisão de poderes relacionada a um conteúdo social e político. Não se tratava, para ele, simplesmente de dividir o poder, mas também determinar um espaço de atuação para cada segmento social, cada “classe”, diria Marx. Em sua versão moderna, tendo em vista o pressuposto da igualdade de todos, o aspecto político da divisão social de poderes foi simplesmente formalizado².

A divisão formalizada de poderes desloca, por assim dizer, a política para a esfera do Legislativo. A questão política consiste em determinar, no contexto social, quem deve cumprir tais e tais encargos, quem governa, quem colhe o trigo, quem o vende, como se cumprem e se garantem as promessas. A idéia é que tais assuntos são resolvidos mediante o estabelecimento de leis, atos que concretizam, em determinado momento histórico, a “vontade geral”. Essa “vontade geral”, considerada não fixa e definitiva, pode ser continuamente reformada e recriada – ela é contínua. Compete ao Legislativo, sob o pressuposto kantiano de sua possível racionalidade, tratar dessas questões.

2. Ver o capítulo sobre Montesquieu, em Raymond Aron, *As etapas do pensamento sociológico*, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes.

Logicamente, no âmbito legislativo, as diferenças sociais aparecem. Tal deputado defende, por exemplo, os interesses mais imediatos dos proprietários rurais, e, logicamente, vai pleitear que os produtos agrícolas tenham maior rendimento que os industriais, no que não concordam os representantes desses últimos, e assim por diante. Ou seja, no processo de elaboração legislativa a política (os interesses conflitantes) aparecem, e isso é inevitável. A “política” é o estágio inicial das leis, razão pela qual se admite que seus membros sejam afetados pela dura realidade dos fatos, ou seja, representem interesses. Ocorre que se pressupõe, graças a uma certa idéia de racionalidade, que esses interesses se harmonizem, resultando num texto. Aí a lei representa não os interesses, mas um consenso possível, a “vontade geral”. Posta a lei, desaparece a política.

A partir desses pressupostos, é possível entender a função Judiciária. Não cabe ao Judiciário adentrar numa discussão de interesses que já se resolveu no âmbito legislativo. Cabe-lhe, simplesmente, “aplicar” as leis já existentes, ou, mais precisamente, fazer a subsunção dos fatos às normas. A lei, sempre genérica e abstrata, estabelece, por exemplo, o conceito jurídico de “posse”. Cabe ao juiz, verificando a situação ocorrida em tal data, com tal pessoa e em tal lugar, dizer se o fato concreto enquadra-se em tal conceito.

A racionalidade desse processo é simples e direta – poderíamos dizer, é meramente técnica. Cabe ao juiz entender as palavras da lei, saber relacionar o conceito de posse com outros conceitos jurídicos (já que o sistema, como um todo, precisa ser coerente), e julgar soberanamente, não se deixando influenciar pelas partes. Exige-se do juiz, antes de mais nada, imparcialidade e racionalidade. Desse modo, a esfera política desaparece da esfera do Judiciário. Mais do que desaparecer, a política é explicitamente recusada no âmbito desse poder e, em última instância, considerada expressão da mesquinhez humana.

Tais aspectos se reforçam quando se verifica como o Judiciário se estrutura. Desde o começo, sempre se entendeu que os juízes deveriam proteger-se contra a sociedade civil, onde as pessoas defendem interesses próprios e não se preocupam em ser justas. Para isso, os juízes são organizados em carreiras, não podem filiar-se a partidos políticos, e recebem remuneração do Estado, que lhes garante independência e uso da racionalidade. O modelo do juiz servirá de base para a organização da burocracia em geral, inclusive a dos outros poderes.

Essa independência dos juízes e funcionários com relação à sociedade civil, é a forma imaginada por Hegel para a constituição de um verdadeiro estado racional. O modelo hegeliano irá concretizar, muitos séculos depois, um desejo de Platão; o governo da sociedade por filósofos³. Agora, sob nova roupagem, os “filósofos” de

3. Vide François Chatelet, em G. W. F. Hegel, inserido em História da filosofia, idéias e doutrinas. v. 5 - A Filosofia e a História, Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

Platão são transformados em “funcionários públicos”, situados acima da sociedade civil e capazes de zelar pela racionalidade da lei, aplicando-a ou executando-a fielmente.

4. A PRESSÃO REFORMISTA

Os tópicos anteriores procuraram, em breves pinceladas, retratar a racionalidade subjacente ao sistema jurídico liberal, racionalidade que se desdobra no momento de criação da lei, e em seu desenvolvimento, até a sua “aplicação”. Tentou-se mostrar, ainda, que o aspecto criação da lei legitima-se pela esperança desta concretizar a “vontade geral”; já o aspecto aplicação da lei vincula-se à noção de independência dos funcionários na realização dessa tarefa, e a idéia que tal aplicação depende exclusivamente de um juízo neutro, de natureza técnica.

Em verdade, a confiança de que a lei em si representa a “vontade geral” tende a ser pouco convincente, razão pela qual a noção de divisão de poderes reforça sua neutralidade, no momento da aplicação. Ou melhor, ela é convincente no âmbito de uma democracia oligárquica, onde a participação política restringe-se a segmentos da burguesia ou representantes do Antigo Regime. Nas primeiras décadas do século XIX há um certo consenso político que faz acreditar que a lei expressa realmente a “vontade geral” da nação. Tal argumento começa a ruir, a partir do final do século passado.

O principal motivo para isso foi o aumento suado, difícil, por vezes ambíguo, da participação das chamadas “classes dominadas” na esfera pública, inclusive na parlamentar, com partidos políticos de esquerda atuantes. A discussão torna-se mais complexa e a convergência de interesses mais difícil. As leis sofrem, então, duas alterações fundamentais.

A primeira alteração é de conteúdo. No sistema liberal ingênuo, as leis sempre eram abstratas e deixavam que o mercado resolvesse todos os problemas. Estabelecia-se a figura do “contrato”, mas não se desconsiderava a existência de contratantes economicamente fracos ou fortes. Com a participação mais efetiva dos “fracos” na elaboração legislativa, quer por meio de representantes diretos, quer por pressão política, agora são necessários aprofundamentos. Assim, nos contratos trabalhistas, por exemplo, faz-se necessário proteger o salário, sob o pressuposto de que os trabalhadores estão fragilizados diante do poderio econômico dos empregadores.

Não se trata de discutir, aqui, as consequências políticas disso, diante de uma eventual marcha dos trabalhadores para a abolição da propriedade privada dos meios de produção. Trata-se de realçar que tais interesses precisam ser levados em conta na esfera de criação das leis. Isso significa que, de certo modo, no próprio conteúdo das leis modernas as divisões sociais e a possibilidade de interesses socialmente divergentes

existirem é aceita. A divergência entre os interesses burgueses e interesses operários é tão acentuada, que é difícil imaginar a existência de uma “vontade geral” harmonizante. Conforme vão se desenvolvendo as coisas, aos poucos a idéia de “vontade geral” é insuficiente para legitimar a noção de lei e vai sendo posta de lado. Como veremos adiante, as leis vão ser consideradas mera “decisão”, simples expressão de força política.

Ademais, a pressão exercida pelas classes não-burguesas, agora mais organizadas, implica em respostas tendentes a alterar o papel do Executivo. No contexto da divisão de poderes, pensada em termos liberais, a função executiva é passiva, e consiste, basicamente, em garantir a ordem – o resto, vai-se ajeitando. Não cabe ao Executivo, que como diz o nome, simplesmente “executa” leis, imiscuir-se em assuntos de ordem econômica, esses resolvidos no âmbito do sacrossanto mercado, ou criar condições para o desenvolvimento dos indivíduos.

Isso tudo se altera, quando se começa a pensar que compete ao Estado zelar pela educação e saúde de todos e, em última instância, propiciar que os indivíduos tenham condições mínimas de sobrevivência e conforto. A visão meramente negativa das liberdades, entendida como não-interferência do poder na esfera privada, vai sendo substituída por uma idéia positiva, ou seja, a necessidade do poder público propiciar condições para que os indivíduos possam exercer suas cidadanias. Assim, não basta a liberdade de expressão e manifestação, no sentido de que o Estado não possa exercer a censura na imprensa, por exemplo; é preciso garantir que as pessoas, por intermédio da educação, da moradia, do salário mínimo, tenham condições de desenvolvimento e possam ter idéias a serem expressas.

Essas novas tarefas pressupõem outra visão do sistema político, que ultrapassa o conceito liberal do Estado. Agora, há necessidade de um sistema jurídico mais preocupado com os indivíduos e atuação do Executivo, que passa a ser responsável pela realização de enorme gama de serviços públicos. Assim, o sistema jurídico constituído pelos códigos tradicionais (código civil, código comercial, código penal e códigos processuais) vai ser inflacionado por uma série complexa de leis esparsas que tratam da aposentadoria, das relações de trabalho, do consumidor e muito mais. Ou seja, além de normas racionalizadas previamente num conjunto harmônico de preceitos (a idéia básica de um código legislativo), há normas esparsas sobre assuntos específicos, continuamente renovadas.

A racionalidade subjacente à idéia de lei como “vontade geral” unificada e coerente, cede diante da sensação de que as leis são, em síntese, expressão de uma força política, ou melhor, dependem de concessões, avanços e recuos; são um jogo de perde e ganha. Na medida em que os parlamentos não são apenas burgueses, torna-se ingênuo acreditar que a lei expressa uma racionalidade social, uma “vontade geral”: ela é o produto de um jogo de poder.

A segunda alteração no sistema jurídico das leis fundamental é de índole formal. É uma das respostas possíveis ao conflito de interesses que mais e mais conseguem exprimir-se nos parlamentos. Com muita frequência as leis não determinam um claro vencedor ou perdedor de uma contenda. Às vezes, há uma espécie de empate.

O que acontece é o seguinte: no processo que estamos examinando, onde há super-produção legislativa e todas as matérias, não apenas aquelas tradicionais dos códigos, são objeto de reivindicação legislativa, a lei implica novo arranjo de recursos sociais. Como é difícil, na maior parte das vezes impossível, que todos os interesses cheguem a um acordo claro e explícito sobre as questões controvertidas, o resultado é empurrar para frente o problema e elaborar uma lei cada vez mais genérica, ambígua, obscura e de redação tortuosa.

Não se trata, simplesmente, de um defeito da lei. Trata-se de se encontrar uma redação “aceitável” para certos assuntos, de modo a ensejar a aprovação de parlamentares que defendem interesses conflitantes, levando em conta que nenhum desses interesses, isoladamente, consegue maioria. Assim, é garantido, por exemplo, o direito à propriedade, mas, por outro lado, a propriedade deve ter uma “função social”. Considerando que boa parte da discussão política dos últimos cem anos centra-se, exatamente, na questão do caráter anti-social ou não da propriedade privada dos meios de produção (fábricas, terras agrícolas), tal solução normativa é um primor, no sentido de empurrar para frente o assunto, e, evidentemente, expressa uma solução de compromisso entre visões ideológicas divergentes.

A aplicação de leis que se expressam por meio de expressões genéricas, dotadas de conteúdos aguçados, que representam um consenso possível da votação parlamentar, mas empurram para frente, vamos assim dizer, a questão de sua definição prática na realidade, terá profunda repercussão.

5. A DOGMÁTICA JURÍDICA

O que vimos no item anterior, mostra um aspecto negligenciado da lei: sua capacidade de mudar a realidade, de construir relações ex novo, passando uma borracha sobre o passado. O direito positivado é dotado de um profundo movimento transformador. Imagine-se um sistema em que a principal fonte do direito seja a sentença do juiz. Tais sentenças, por sua vez, baseiam-se em costumes e práticas difundidas na sociedade (direito consuetudinário). Se determinada relação jurídica tiver de ser alterada, o que fazer? Em nosso sistema jurídico, onde o direito se expressa por leis formais votadas nos Parlamentos, os interessados em alterar a situação jurídica sabem exatamente como agir. Eles podem fazer lobbies, pressionar o Parlamento por meio de manifestações populares e, se tiverem condições, usar o poder econômico.

Isso é inconcebível num sistema jurídico onde as fontes do direito são difusas (costumes, o Corão). Ou seja, a lei, em nosso sistema, descansa numa vitrine e, a qualquer momento, pode ser modificada.

Sob esse aspecto, a lei é um convite à “transformação permanente”. Ela é um instrumento que pode ser usado, à direita ou à esquerda. Tal capacidade de transformação social, esquecida nos momentos heróicos das primeiras codificações, onde se confiava na realização concreta da racionalidade humana e sua capacidade associativa, será uma dos principais aspectos do direito no século XX.

Destituída da aura de expressar uma “vontade geral”, a lei passa a ser vista como uma espécie de caixa, capaz de receber qualquer conteúdo. Posta a lei, está em condições de gerar seus efeitos e ser aplicada. Mas o que significa, exatamente, “aplicar” uma lei, ora entendida como uma “decisão”? Fundamentalmente, aquilo que já vimos: a lei vale porque vale, e é, simplesmente, o resultado de um jogo de forças, a expressão de quem tem poder político.

Mas, tendo em vista a força legitimadora que a idéia de divisão de poderes continua a ter na sociedade, é preciso, de todos os modos, demonstrar que as leis, mero produto de um jogo político, são aplicadas com neutralidade por uma instância diferente daquela que a produziu. A divisão bem nítida entre criação do direito e aplicação do direito permanece de pé, mesmo com a perda da noção de lei como expressão racional de uma “vontade geral”.

Ou seja, a política, existente no momento de “criação” da lei na esfera parlamentar, cessa quando a lei entra em vigor e passa a ser objeto de pesquisas e decisões jurisdicionais. Repetindo-se: é possível afirmar que as esperanças e as idéias que se tem a respeito do sentido e da força legitimadora das leis sofrem mutações (de “vontade geral” para “decisão” política), mas o princípio fundamental da divisão de poderes permanece intacto. Assim, é relativamente fácil afirmar que a lei é produto de uma “vontade” particular, tendo em vista uma luta política travada na esfera de criação do direito, ou seja, o Parlamento; difícil é questionar o locus da política, ou seja, afirmar que esta continua, por outros modos, atuante na esfera judiciária.

No contexto da dogmática jurídica, a lei, seja ela produto da “vontade geral” ou mera “decisão” política, sempre será considerada, no momento de sua aplicação, mero espelho da situação anterior. O trabalho do jurista ou do juiz, ao aplicar o direito, seria meramente declaratório (não criativo, como a decisão política), tornando concreto um comando prévio, deliberado em outra instância.

O problema todo está em que as normas jurídicas, ou seja, o conjunto de sentidos sobre o qual trabalha o aplicador, são expressas, simplesmente, por palavras. E, tal como ocorre com todas as palavras, as leis sofrem de imprecisões características da linguagem comum.

Faz parte da linguagem comum, ou seja, da linguagem utilizada na comunicação cotidiana, sem os rigores das linguagens formais da lógica ou da matemática, uma série de incertezas. Eis algumas delas:

a) incertezas denotativas (vagueza) – quando precisamos de um critério para saber se determinado fato está inserido ou não na extensão pretendida pela respectiva palavra. Geralmente, a dúvida não ocorre nos casos extremos, mas nos intermediários. Assim, a denotação da palavra “gordo”. Sancho é gordo e Quixote é magro, mas conhecemos uma série de pessoas que teríamos dúvida em saber se pertence a uma classe ou outra. É difícil estabelecer fronteiras nesses casos, de maneira que determinada pessoa, adquirindo um quilo a mais, deixaria de ser considerada magra e passaria a ser gorda, ou alguém, perdendo um fio de cabelo, passaria a ser “calvo”. Imagine-se uma norma constitucional que outorgue o direito de assistência jurídica gratuita aos “pobres”. Quanto se deve receber de salário para ser considerado pobre? Se a lei complementar fixar um valor X para o atendimento, caso a pessoa receba o aumento salarial de 1 centavo e ultrapasse esse valor, será ainda pobre? E as pessoas que, embora recebam um pouco a mais do que o valor salarial estabelecido em lei, têm muitos dependentes? Do ponto de vista meramente legal, é difícil chegar-se a uma solução. O operador jurídico, nesses casos, geralmente precisa lançar mão de critérios de justiça que implicam em posicionamentos políticos.

b) incertezas conotativas (ambigüidade) – a palavra tem seu significado dependente do contexto em que se situa. Assim, a palavra “manga”, isolada, pode ser fruta ou parte de vestuário. A palavra “servidor público”, por exemplo, ora indica funcionários públicos estatutários, ora indica toda pessoa que trabalhe em qualquer posto da administração pública, direta ou indireta. Dependendo do contexto em que a palavra está inserida, ora os termos de determinada norma se aplicam a um, ora se aplicam a todos.

De fato, as normas estão recheadas de palavras providas de incertezas denotativas e conotativas, de sorte que todo intérprete, mesmo o mais fiel deles, precisa acrescentar um pouco de si às palavras da lei⁴, para captar-lhe o sentido.

Considerando-se, como vimos em tópico anterior, a maior complexidade do jogo parlamentar, agora com participação da esquerda e a noção de que o Estado precisa atingir finalidades públicas positivas (proporcionar saúde, educação etc.), as novas leis aumentam a incerteza, na medida em que fórmulas ambíguas fazem parte da constituição de maiorias necessárias à aprovação dos textos normativos. A lei admite que o preço da desapropriação deve ser “justo”, mas desloca para esfera de sua aplicação a questão tormentosa dos contornos e concretização dessa “justiça”.

4. Para uma visão contrária, ver Sebastián Soler, *Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, 1969.

Por outro lado, além das incertezas denotativas e conotativas inerentes à linguagem comum, observa-se que uma norma jurídica sempre é incompleta. Se uma norma diz “feche a porta”, ela silencia sobre o momento em que a porta deverá ser fechada, se deverá ser trancada com cadeado ou a chave, se poderá ser batida com força ou discretamente recostada etc. Até o meirinho mais humilde, diante de um comando concreto, tem diante de si um leque de possibilidades e a necessidade de escolha.

O caráter incompleto da norma está na raiz da teoria kelseniana da dinâmica jurídica, que se inicia, no ápice da pirâmide, por normas gerais, que vão descendo e se concretizando aos poucos, até se chegar à norma individual (sentenças ou decisões administrativas) e, de certo modo, até a execução específica da norma pelo oficial de justiça⁵.

Há uma relação estreita entre norma e liberdade, sendo que esta última nunca é completamente absorvida pela primeira. Na prática, sabe-se que o processo de concretização das normas gerais (a lei complementar decorrente de uma norma constitucional, por exemplo) enseja problemas, pois nessa concretização sempre se pode dizer que os objetivos da primeira norma foram desvirtuados. Seria o caso de uma norma complementar que, a pretexto de concretizar a norma geral constitucional referente à “função social da propriedade”, resolvesse criar fortes mecanismos de indenização aos proprietários de imóveis, de sorte que uma limitação passasse a ser considerada um bom negócio.

No entanto, um sistema legal complexo, iniciado pelas normas constitucionais, até atingir as normas jurídicas menos abrangentes, precisa ser coerente. Diante da hipotética ação “consumir drogas”, é preciso saber se o sistema proíbe ou permite tal conduta. Uma norma que autorize e outra norma que, ao mesmo tempo, permita o consumo de drogas, levanta uma questão de racionalidade sistêmica, à qual o direito precisa se pronunciar. Para o observador externo, é possível compulsar as várias leis e observar que há no ordenamento jurídico leis incompatíveis, ou seja, que permitem e, ao mesmo tempo, proíbem determinada ação. Mas, para quem está dentro do sistema, a questão de sua racionalidade é um problema concreto; a pessoa precisa saber se vai ser presa ou não pelo cometimento de determinada conduta.

Como dizem os juristas positivistas, quando alguém chega em determinado lugar, precisa saber onde é o correio e ter certeza que a carta enviada tem boas chances de chegar ao seu destino (exemplo que denota um tempo em que os correios eram exemplo de serviços públicos). É possível discutir-se, indefinidamente, se o direito decorre da lei natural ou da lei positiva, se tal norma é ou não é justa, mas para os que estão sob

5. Hans Kelsen, Teoria pura do direito, 4. ed., Armênio Amado, (vide, especialmente, capítulo VIII).

os comandos de uma ordem jurídica, a questão da coerência do sistema, de saber quais normas são eficazes e quais os sentidos delas, é uma questão vital.

Aqui entra o papel da chamada “dogmática jurídica”. Esta, ao lado da “lei” e da “divisão de poderes” completa o tripé, a trindade sagrada do direito moderno. O que é, atualmente, o direito? A resposta mais sintética e mais abrangente seria: a lei, a divisão de poderes e a dogmática jurídica. Com esses três pontos, é possível traçar os principais dilemas e inquietações do direito, na atualidade. Vimos, nos tópicos anteriores, os pontos “lei” e “divisão de poderes”; resta traçar algumas pinceladas a respeito da “dogmática”.

Dogmática jurídica é, antes de mais nada, aquilo que os estudantes de direito aprendem nas universidades e depois, alçados à condição de operadores jurídicos, continuarão a pesquisar, visando suas atividades práticas. Ela é formada pelos manuais, comentários sobre a legislação e, seria mais exato dizer, pelos arazoados forenses e administrativos. A principal tarefa da dogmática jurídica consiste em demonstrar e convencer que o sistema de normas, convenientemente interpretado, é racional e coerente.

As leis são contraditórias, ambíguas e vagas; é preciso um discurso que unifique seus sentidos e embase decisões harmônicas. Ou seja, as leis não bastam, é preciso que elas sejam um ponto de partida inquestionável (“dogmas”) para a elaboração de um discurso unificador, de caráter geral, que demonstre que o sistema é coerente, seguro e estável. Deixadas as leis ao bel-prazer, elas são inconsistentes, contraditórias e incoerentes. A dogmática jurídica vem em socorro das normas, provendo-as de sistematicidade e harmonia. Tal função a dogmática jurídica desempenha com humildade, pois nunca diz que ela própria produziu algo; tal como a decisão jurisdicional, o jurista dogmático julga-se um mero descobridor de sentidos e coerências pré-existentes nas leis que está explicando.

Com o tempo, as noções da dogmática jurídica incorporam-se às leis. Um bom exemplo disso é a noção de “direito adquirido”. Em sua origem, considerando o texto da lei pura e simples, a lei B revoga a lei A, gerando um problema de justiça. De fato, já existia o problema político no momento em que o Parlamento discutia a lei B e desconsiderou os efeitos perversos que a revogação da lei A causou para quem detinha, por força da norma anterior, determinada situação jurídica. Em nome dessa injustiça e da coerência e segurança do sistema, a dogmática vai postular a impossibilidade da lei B atingir os efeitos já consolidados da lei A, posteriormente revogada. Tratou-se, na origem, de uma racionalidade que ingressou de “fora” do sistema jurídico, considerando-se os textos das normas as únicas “fontes” do direito.

A normatização de conceitos, preceitos e técnicas que, originalmente, faziam parte da dogmática jurídica, é fundamental. Ao pular do campo da “dogmática” para

o campo das “normas”, a noção de direito adquirido adquire outro status e vai gerar outras adaptações a serem feitas pelos novos doutrinadores. Esse tipo de procedimento será característico do direito moderno, que funciona, basicamente, com a interação recíproca de normas e discursos sobre as normas, cada um desses elementos com suas funções e racionalidades próprias.

Claro que a dogmática jurídica tradicional contestaria veementemente tais asserções. A serviço da distinção estrita entre criação e aplicação do direito, com denegação do papel ativo do “intérprete”, sejam eles doutrinadores ou juízes, a dogmática procura dar uma roupagem científica a tal atividade. É interessante notar que um dos juristas mais citados e desconhecidos desse século, o austríaco Hans Kelsen, enfatizava que o papel das autoridades competentes para decidir o direito a ser aplicado é “criativo”. Ou seja, a sentença do juiz é norma. O que garante a coerência do sistema jurídico como um todo são as decisões de última instância do Judiciário. Por isso, em sua concepção, a mais alta corte constitucional não é, simplesmente, um órgão puramente judicante; as suas funções são, nesse sentido específico, “legislativas”, pois consistem basicamente em, levando em conta a necessidade de coerência do sistema, tornar ineficazes outras leis.

Segundo Kelsen, não há condições de se determinar, segundo um juízo puramente silogístico⁶, qual o verdadeiro sentido das leis. Por isso todo ato jurisdicional é, também, um ato de criação do direito, não simplesmente a declaração de um direito anteriormente posto. Caberia aos estudiosos que se pretendem “cientistas” simplesmente mostrar como as normas se relacionam umas com as outras, a respectiva dinâmica, sem adentrar na questão da aplicação concreta das mesmas. Nesse sentido, a aplicação da lei é um ato de poder, uma escolha política no sentido mais amplo do termo, pois toda a lei, em princípio, contém um campo de indeterminação que obriga a participação ativa de seu intérprete.

Por que será que o discurso jurídico tradicional tem tanta força? Por que os operadores jurídicos aferram-se tanto ao formalismo jurídico, e recusam-se veemente a aceitar a política no momento de aplicação da lei? A resposta está no importante fator legitimador representado pela idéia de neutralidade do operador jurídico, principalmente do juiz, o que Tércio Sampaio Ferraz chama de “imunização”⁷.

A dogmática jurídica, com efeito, ao isolar os elementos das diversas normas e dar-lhes coerência, acena com a possibilidade de neutralização ideológica de seus conteúdos, que não seriam levados em conta nesse momento. Ademais, na medida em que a aplicação da lei seria mero ato de intelecção, ato difícil, é verdade, mas passível de uma espécie de operação aritmética, dependente de combinatória mais

6. Hans Kelsen e Ulrich Klug, Normas jurídicas e análise lógica, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

7. Tércio Sampaio Ferraz Jr., Teoria da norma jurídica, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

complexa, qualquer decisão concreta já estava dada de antemão. O juiz, ao decidir uma causa, não atuaria subjetivamente; ele é mero transmissor de um sentido que não foi determinado por ele, mas sim pela lei. Quem estiver descontente com isso, que mude a lei. Assim, quem prolata a decisão torna-se imune às críticas, livrando-se do terrível ônus do político.

Isso faz com que a responsabilidade social dos operadores jurídicos e a eventual pressão sobre eles seja desnecessária e inconseqüente. As reivindicações devem ser endereçadas ao Parlamento, não ao Judiciário, pois este não passa de mero “escravo das leis” e apenas dá-lhes cumprimento. Desse modo, o dogma da separação de poderes, entendido na sentido meramente formal, ao contrário do que pensava Montesquieu, justifica uma atuação descomprometida das instituições jurídicas para com as lutas sociais e os valores de justiça.

De nada adianta o próprio Kelsen afirmar: “A segurança jurídica absoluta é uma ilusão e é exatamente para manter essa ilusão na opinião do público que recorre às leis que a jurisprudência tradicional nega a possibilidade de diferentes interpretações, que, de um ponto de vista jurídico são igualmente corretas, e insiste no dogma de que sempre haverá uma única interpretação correta, determinável pela ciência jurídica.”⁸

É um fator essencial do discurso jurídico tradicional (para fins de não se submeter ao duro jogo da política) julgar as sentenças, os pareceres ou mesmo as teses, emanações das normas jurídicas postas e, portanto, simples descrições das primeiras, sem um elemento criador e constitutivo. Apesar de Kelsen e todo seu prestígio, dificilmente as sentenças são chamadas de “normas”.

5. CONCLUSÃO: O DIREITO, HOJE

Os fatores assinalados retro, mencionados, diga-se de passagem, de forma rápida (há extensa bibliografia sobre a questão da racionalidade do sistema jurídico, as características da linguagem normativa, o papel da dogmática na constituição do discurso jurídico, a função dos operadores do direito etc.), formam um quadro diante do qual a atuação dos operadores jurídicos e o papel das instituições jurídicas podem ser pensados. Quem sabe, a partir dele, surjam algumas idéias para o direito do ano 2000.

De fato, o quadro apresentado nos tópicos anteriores, corresponde a uma problemática do direito formada ao longo do século XIX e que persiste em sobreviver, já no final do século XX.

8. Hans Kelsen, *A democracia*, São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 272.

No entanto, o direito alternativo a isso de fato já existe, está nas normas constitucionais e precisa, apenas, ser reconhecido pela sociedade e principalmente pelos operadores jurídicos. Há, portanto, uma nova visão do direito, que se vai formando e se impondo aos poucos. Ao contrário do que julgavam alguns, essa nova visão admite não ser possível romper radicalmente com todos os valores e padrões do discurso jurídico tradicional, na medida em que as necessidades de certeza jurídica e isenção do Judiciário, por exemplo, são valores permanentes. Porém, é necessário inserir, na moldura do discurso anterior, novos modos de encarar o direito. Isso porque, o direito positivo vigente mudou e está, de certo modo, mais adiantado que o discurso dos operadores jurídicos.

Tais mudanças são efetuadas a partir dos novos textos constitucionais surgidos a partir da Segunda Guerra Mundial, que refletem inspirações da Constituição alemã de Weimar. Outro fator de mudança decorre da necessidade de tornar efetivos os direitos humanos.

Vide, por exemplo, a Constituição Brasileira de 1988. Se antes as leis concretizavam opções consolidadas, de sorte que eram de face voltada para um passado a ser perpetuado, as novas normas constitucionais voltam sua face para o futuro, e assinalam uma nova ordem a ser buscada por todos.

As atuais regras constitucionais, ao voltarem-se para o futuro, acenam com a possibilidade de uma sociedade diferente da atual. O interior do corpo constitucional traz implícita uma proposta que, em suas últimas consequências, implica em alterações da ordem. Só não é possível chamar de revolucionária a ordem constitucional vigente porque no mesmo texto encontra-se uma série de regras que garantem a manutenção do sistema, com garantias para a propriedade e livre mercado. Ou seja, a Constituição Brasileira é um “compromisso” entre a mudança e a estabilidade, de sorte que sua aplicação pode parecer problemática.

Mas é fora de dúvida que a atual Lei Maior induz à necessidade de se mudar a realidade social vigente no país. Assim, logo em seu artigo 3º, erige como um dos objetivos da República a constituição de uma sociedade justa, livre e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza. Ao longo de seus artigos, vai a Constituição Brasileira definindo uma série de direitos e objetivos da sociedade, expressando a promessa de bonheur, a promessa de felicidade inerente à idéia de justiça, que a visão positivista tendia a deixar em segundo plano.

Ora, esse tipo de normatização constitucional lança um desafio, um ponto de interrogação, sobre sua própria eficácia. Ao exigir erradicação da pobreza, obediência aos direitos humanos e transparência democrática, a norma constitucional

simplesmente mostra um caminho a seguir, não uma situação anterior a ser mantida. Tal norma não pode mais ser vista como uma ordem, como um comando.

Para os operadores jurídicos formados na tradição positivista do direito, a norma constitucional sobre a erradicação da pobreza é motivo de risos disfarçados. Tais profissionais, ao se depararem com os pobres nos sinais de trânsito e nas esquinas das grandes cidades, encaram esse fato como prova de ineficácia constitucional. Julgam a Constituição obra de sonhadores. Afinal, a teoria jurídica disseminada nas escolas ensina que o direito e as normas são mecanismos eficazes que visam, antes de mais nada, recompor o status quo prejudicado por um ilícito. Nesse contexto, a idéia de um direito voltado para o futuro, sem mecanismos eficazes de sanção, é incompreensível. O resultado desse gap, dessa defasagem entre a norma constitucional posta e o pensamento tradicional dos operadores jurídicos, que a interpretam, é tornar a parte nobre da Constituição letra morta. Serão aplicáveis, em sua integralidade, apenas os preceitos que se adaptam à visão tradicional.

Lógico que a operação jurídica consistente em dar contornos de “direito subjetivo” à norma constitucional sobre a erradicação da pobreza é mais complexa e abrangente que aquela que determina o pagamento dos cheques sem fundos. A norma que manda erradicar a pobreza e a que determina o pagamento dos títulos de crédito na data de seus vencimentos são diferentes; mas o direito não pode ser reduzido a este último tipo de norma. Há um direito subjetivo à erradicação da pobreza, e a inclusão desse tipo de preceito na Constituição é essencial, pois, para muitos, a pobreza é um fato “natural” e não gera inquietude. Inquietar-se com isso já é um primeiro passo; o passo seguinte é dar um plus para essa inquietação, construindo-se os contornos do direito subjetivo constitucional dessa regra.

Um juiz voluntarioso poderia determinar que todo brasileiro perceba uma renda mensal equivalente a U\$ 500,00, garantida pelo Estado. Tal tipo de decisão, malgrado suas boas intenções, pode desarranjar a economia e gerar conseqüências danosas para todos, principalmente para os eventuais beneficiados da sentença. No entanto, com mais ponderação e exame dos orçamentos públicos, ouvindo-se técnicos e representantes da sociedade civil, seria cogitável a outorga de meios de subsistência (por renda e serviços) a todos os brasileiros que se encontrem em situação de miséria, levando em conta dispositivo sobre erradicação da pobreza e ainda o artigo 203 da Constituição Federal.

Isso implica um tipo de decisão jurisdicional que a estrutura atual do Judiciário e a visão que se tem das tarefas desse Poder tornam-se problemáticas. Não se trata mais de um pronunciamento técnico, embasado em juízos abstratos sobre textos de

normas, mas de uma decisão mais complexa, que ensejaria a invenção de novas regras processuais e nova visão da função judiciária (que abriria mão de estar sempre imune às críticas) e do sistema jurídico.

De fato, segundo uma visão do direito do ano 2000, seria tarefa dos operadores jurídicos encontrar, em nome da Constituição, as maneiras de torná-la eficaz. O problema é que resolver isso mediante interpretações voluntaristas e fáceis geralmente acarreta mais prejuízos que benefícios. Se o esquema tradicional de divisão de poderes tem ainda algum sentido, ou seja, se apresenta certa racionalidade, não é possível jogar-se excessivo peso político para a esfera jurisdicional. Decisões jurisdicionais impacientes com a pobreza, apesar de beneméritas na origem, podem desaguar em novas formas de opressão e não resolver o que se propunham, no início.

A segurança e a certeza exigidas pelo direito tradicional, ancoradas na dogmática jurídica e no respeito ao texto das normas, não podem ser completamente abandonadas, sob pena de se desconstituir o tecido social. O direito sempre é formal, um jogo com certas regras, que precisam ser obedecidas.

Isso não quer dizer que a justiça, para os operadores do direito, consista em resolver os problemas sociais. A justiça é, primeiramente, uma questão política, mas os operadores jurídicos, chamados a se pronunciarem sobre ela, recebem essa questão política já filtrada por leis e normas decididas em outras instâncias. Ou seja, uma coisa é ser operador jurídico, outra coisa é ser parlamentar ou administrador. O operador jurídico sempre será um intermediário entre uma situação concreta e um direito prévio que ele, enquanto tal, não produziu. Mas para “cumprir a lei”, o jurista não pode iludir-se e julgar-se um mero apêndice. Em menor escala, ele também é um político e sobre os limites e condições dessa situação política em segundo grau é preciso refletir sem temores.

Como seria essa “política em segundo grau”, entendida dentro de um contexto de leis prévias e divisão de poderes? Os contornos disso ainda são indefinidos; de qualquer maneira, a necessidade que dá origem a tal política pressupõe, evidentemente, uma outra forma de se lidar com a segurança e certeza jurídica. Não é mais possível julgar que o sistema de leis proporcione todas as respostas prontas e acabadas, à espera de um juízo técnico que, caso a caso, simplesmente declare o sentido do direito posto. Assumindo-se que as leis postas, pela sua atual natureza, têm elevado grau de incerteza e que essa incerteza será resolvida, nos casos concretos, por um juízo de natureza política, assume-se que a aplicação das leis precisa ser, também, legítima.

A legitimidade das decisões jurisdicionais, tanto na esfera administrativa quanto na esfera judiciária, pressupõe a constituição de um espaço público no interior dessas

esferas. Isso implica em pensar processos judiciais e administrativos sob o ângulo da discussão e diálogo, e a possibilidade das decisões exaradas nesses processos serem criativas e capazes de concretizar, organizadamente, os compromissos constitucionais.

Essa nova postura talvez amainasse um pouco a irracionalidade do sistema de normas, decorrente da inflação legislativa a que nos referimos no início. A inflação legislativa, a necessidade de tudo legislar e alterar a lei anterior, até mesmo a Constituição, transformando o sistema jurídico numa questão de governo, decorre, em parte, dessa incapacidade de se criar um espaço público democrático no âmbito da aplicação do direito. Entendido o direito de modo formal e positivista, é preciso legislar sobre tudo, cercar as matérias de todos os lados.

Muitas dessas leis são simpáticas, tentam impedir fraudes e evitar corrupções, desconhecendo o julgamento de Platão, que considerava multiplicar e reformar leis sobre tais assuntos a tentativa de cortar a cabeça de uma hidra⁹. Talvez seja chegada a hora de legislar menos e aplicar melhor as leis já existentes, e considerar a inflação e reformismo legislativo um modo de desprestigiar o direito. E o problema não está só em quem propõe as leis (Executivo e parlamentares); está em quem as aplica de modo formal e inseguro, baseado em visões insuficientes do direito.

Será possível confiar na possibilidade de a justiça ser feita no momento da aplicação das leis? Será possível entender-se esse momento como não técnico, mas como realização concreta da justiça, adaptando-se os termos gerais das leis à situação específica? Se o momento de aplicação da lei, o momento da sentença, não for entendido como a culminância de um processo democrático, com as especificidades inerentes a tal espaço, toda confiança se desloca para o texto da lei, o sentido gramatical de suas palavras e suas insuficiências, resultando na necessidade de legislar sobre minúcias e permanentemente reformar a Constituição.

Os operadores jurídicos, principalmente aqueles que atuam na esfera pública, serão capazes de adaptação às novas necessidades, desde que assumam que o direito não mais dispõe de uma ordem consensual, onde seja possível encontrar valores definitivos, imanescentes à ordem das coisas (como na visão do direito natural clássico), ou de um conjunto de normas escritas estáveis, em que bastaria cumpri-las (visão formalista do direito). Os operadores jurídicos precisam buscar legitimidade de atuação, abrindo-se para os anseios da sociedade civil, receita indispensável para quem pretende exercer poder nas democracias.

9. A república, 426, e.

Afinal de contas, “a vinculação judicial à lei e a independência pessoal e funcional dos juízes não podem escamotear o fato de que o juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade (...). Seria errôneo reconhecer as influências, as expectativas, as obrigações sociais a que estão submetidos os juízes apenas sob o aspecto e uma ameaça a sua independência. Essas influências contêm também parte de legitimação e evitam o livre arbítrio da interpretação judicial.”¹⁰

Assim, o desafio democrático da ordem jurídica deste final de século está em implementar a Constituição, tarefa impossível de ser feita a partir de um local asséptico, ou mediante o apelo a uma espécie de luz racional, concebendo-se a aplicação do direito como uma atividade unilateral e independente das opiniões. Essa racionalidade se perdeu, na sociedade contemporânea; a razão moderna pressupõe um processo dialógico, um debate, concretizando-se naquilo que o filósofo Habermas chama de “razão comunicativa”.

Enquanto isso não se consolida, corremos o risco de continuar a falar em crise no direito e em outros campos, sem coragem para encarar a nova face da lei.

10. Peter Haber, *Hermenêutica constitucional*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997, p. 31, apud Christine Oliveira Peter da Silva, *O Projeto de Lei n. 10 do Senado Federal (...)*, *Revista Jurídica Virtual*, n. 3, jul. 1999.

MARX, A TRADIÇÃO LIBERAL E A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO UNIVERSAL DE HOMEM*

Domenico Losurdo**

Resumo: O artigo visa mostrar que a “construção histórica do conceito universal de homem”, corretamente vinculada ao ideário e à política liberais, tem uma dívida substantiva com a tradição democrática radical inaugurada pela fase jacobina da Revolução Francesa, continuada e aprofundada nas idéias do movimento socialista dos séculos XIX e XX. Para tal, examina a noção limitada de “direitos do homem” presente no pensamento liberal, em oposição àquela “efetivamente” universalista construída pela linhagem hegeliana-marxiana. Após discutir as mudanças introduzidas na política liberal pela “contaminação” socialista, o texto termina apontando para os perigos – escritos nos atuais rumos da economia mundial – de um “regresso”, pela exclusão de grandes contingentes de indivíduos da condição e do “conceito” de homem.

Palavras-Chave: Liberalismo, socialismo, democracia, direitos do homem, liberdade, igualdade.

* Tradução de Silvana Finzi. Revisão técnica de Enrico Piozzi e Patrizia Piozzi. Artigo publicado em *Educação e Sociedade*, v. 17, n. 57, especial, dez. 1996, editada pelo Centro de Estudos Educação e Sociedade (CEDES), da UNICAMP, a quem a Procuradoria Geral do Estado agradece por autorizar sua reprodução.

** Universidade de Urbino, Itália.

1. OS “DIREITOS SOCIAIS E ECONÔMICOS” E A REVOLUÇÃO DE OUTUBRO

Criticando a construção teórica feita por Roosevelt sobre “libertar-se da necessidade” e, a seguir, inserindo-a numa linha de continuidade com a formulação teórica dos “direitos sociais e econômicos”, que encontra sua expressão na Declaração Universal dos Direitos do Homem adotada pela ONU em 1948, Hayek observa: “Esse documento constitui abertamente uma tentativa de fundir os direitos da tradição liberal ocidental com a concepção, completamente diferente, da revolução marxista russa”.¹ A afirmação pode parecer, sabemos, ser a relação liberdade-igualdade. Além de certo limite, a desigualdade nas condições econômico-sociais acaba anulando a liberdade, por mais que esta esteja solenemente garantida e consagrada em nível jurídico-formal. Por trás de Marx, está em ação o ensinamento de Hegel, e já a este último deve-se uma configuração clara e convincente dessa questão: quem sofre de fome desesperada, chegando a correr o risco de morrer de inanição, está numa condição de “total falta de direitos”, ou seja, numa condição que, em última análise, não difere substancialmente da situação do escravo.²

A consciência desse fato transparece, às vezes, da própria tradição liberal, mas como confissão involuntária. Por que, segundo Constant, o trabalhador assalariado deve ser excluído dos direitos políticos? Mas é claro: “Os proprietários são donos de sua existência, porque podem negar-lhe trabalho”.³ Durante sua viagem à Inglaterra em 1833, ao deparar com uma espantosa miséria de massa, em gritante contraste com a opulência de poucos, Tocqueville deixa escapar uma espécie de exclamação: “Aqui o escravo, lá o patrão, lá a riqueza de alguns, aqui a miséria da maioria”.⁴ Há, portanto, uma relação entre igualdade e liberdade, ou melhor, entre extrema desigualdade material e servidão substancial. Mas a tese implícita na exclamação que escapou num momento de descuido é logo rejeitada e sistematicamente refutada pelo teórico liberal, que contrapõe liberdade e igualdade, chegando a acusar o movimento socialista (e a própria Revolução Francesa) de sacrificar a primeira no altar da segunda. “Quem, na liberdade, procura outra coisa além dela, foi feito para servir”.⁵ “Libertar-se da necessidade”, tal como formulado por Roosevelt, resulta tão intolerável para Tocqueville quanto para Hayek, pois efetivamente remete a uma tradição política diferente, a autores que a tradição liberal vê com desconfiança e hostilidade (na França,

1. F. A. von Hayek, *Law, legislation and liberty* (1982; as três partes que constituem o volume são, respectivamente, de 1973, 1976 e 1979); trad. italiana: *Legge, legislazione e libertà*, Milano, p. 310.

2. G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, p. 127. Ver também Losurdo, D., *Hegel e la libertà dei moderni*, Roma 1992, cap. VII.

3. B. Constant, *Principes de politique* (1815); trad. italiana: *Principi di politica*, 2. ed., Roma, U. Cerroni (ed.) 1970, p. 102.

4. A. de Tocqueville, *Voyages en Angleterre, Irlande, Suisse et Algérie*. In: *Oeuvres complètes*, J. P. Mayer (ed.) Paris, 1951 em diante, v. 5, 2, p. 81.

5. Idem. *L'Ancien régime et la révolution*, III, 3: trad. italiana: *L'antico regime e la rivoluzione*, Milano, 1981, p. 204.

remete a Rousseau e ao jacobinismo; na Alemanha, a Hegel, que foi o primeiro a falar em “direitos materiais”,⁶ e sobretudo a Marx, que reúne e unifica em si a herança da filosofia clássica alemã e a do filão rousseauiano-jacobino).

E hoje? Quem fala, mais ou menos explicitamente, em “direitos sociais e econômicos” não é só a ONU – a qual, é verdade, com um pouco de boa vontade e para grande satisfação de Hayek, poderíamos tentar excluir do Ocidente “autêntico”. E dúvidas quanto à autenticidade ocidental também poderiam ser levantadas acerca da Constituição da República Italiana (nascida graças à decisiva contribuição de socialistas e comunistas), a qual institui uma relação entre a liberdade e a remoção dos “obstáculos de ordem econômica e social” que anulam ou podem ameaçar a existência de tal liberdade. Então, vamos deixar de lado a ONU e a Itália e referir-nos exclusivamente ao mundo anglo-saxônico. Tomemos um autor como Rawls. Sim, o próprio teórico norte-americano, que subordina a igualdade à liberdade, submete a uma importante cláusula limitativa o princípio que formula, mas que só considera válido “acima de um nível de renda mínimo”,⁷ e que, portanto, na realidade, não tem validade, pelo menos para o Terceiro Mundo (a maior parte da humanidade). Aliás, se tomarmos ao pé da letra a cláusula limitativa de Rawls, a propriedade da liberdade sobre a igualdade estaria comprometida até nos países capitalistas adiantados, e em particular nos próprios Estados Unidos, onde assistimos ao “aumento do percentual de pobres”⁸ e à extensão dos bolsões de miséria e até de desnutrição.⁹

Pessoalmente, continuo achando mais convincente a formulação dada por Marx (e, antes, por Hegel) para essa questão: abaixo de “um nível de renda mínimo”, não é que fique abalada, ou caia, a prioridade da liberdade em relação à igualdade, é que a liberdade não existe concretamente. Isto é, a construção da liberdade é indissolúvel da construção de um mínimo de igualdade. É nesse sentido que Roosevelt associa “libertar-se da necessidade” às outras liberdades civis e políticas fundamentais. E no entanto, apesar da formulação diferente e menos rigorosa, da cláusula limitativa ao princípio formulado por Rawls depreende-se claramente que a realização da liberdade concreta não se dá num espaço asséptico, sem relação com as condições materiais de vida, com o “nível de renda mínimo”. Reaparece aí o princípio de “libertar-se da necessidade”, no qual, com certa razão, Hayek sente um cheiro de socialismo e marxismo, embora depois, com o exagero típico de conservador, chegue até a bradar ao perigo de bolchevismo!

6. Cf. D. Losurdo, Hegel e la libertà dei moderni, op. cit., cap. V, 9 e VIII, 4.

7. J. Rawls, A theory of justice (1971); trad. italiana: Una teoria della giustizia, Milano, 1982, p. 441.

8. R. Dahrendorf, Fragmente eines neuen Liberalismus (1987); trad. italiana: Per un nuovo liberalismo, Roma: Bari, 1988, p. 122.

9. O professor Larry Brown, da Harvard Public School of Public Health, presidente do grupo de trabalho dos médicos sobre o problema da fome, denunciou que há entre 18 e 21 milhões de norte-americanos que não comem o suficiente. Desses, 7 milhões são crianças; cf. S. Ginzberg, Bimbi alla fame negli USA dei liardari, no jornal L'Unità de 19.10.1988.

2. A CRÍTICA DE MARX À SOCIEDADE BURGUESA LIBERAL E SUA EFICÁCIA HISTÓRICA

Mas Hayek, a quem não se poderá negar rigor e coerência, vê com mal disfarçada desconfiança um autor como Rawls.¹⁰ Nem mesmo os Estados Unidos estão imunes à contaminação socialista do Ocidente que esse teórico neoliberal não se cansa de denunciar. Aliás, foi justamente nesse país que se manifestou o hábito funesto, posteriormente disseminado até na Europa, de usar o termo “liberal” para designar “aspirações de natureza essencialmente socialista”.¹¹ Será conveniente, então, recorrer a um autor que Hayek reivindica sem reservas, em sua apologia do que ele chama de “grande sociedade”, ou “sociedade aberta”, na expressão de Popper.¹² Pois bem, é justamente este último autor quem nos diz:

“Mesmo que o Estado proteja seus cidadãos do risco de serem oprimidos por violência física (como acontece, em princípio, sob o sistema de capitalismo selvagem), pode estar falhando com relação a nossos objetivos se não conseguir protegê-los do abuso de poder econômico. Num Estado desse tipo, quem é economicamente forte ainda pode oprimir e privar de sua liberdade quem é economicamente fraco. Nessas condições, a liberdade econômica ilimitada pode ser tão autodestrutiva quanto a liberdade física ilimitada, e o poder econômico pode ser quase tão perigoso quanto a violência física, pois os que dispõem de rendimentos em excesso podem coagir os que deles carecem, sem usar de violência, a uma servidão “livremente” aceita.”¹³

De nada serve que Popper classifique Marx entre os “falsos profetas”. Mesmo assim, nesse texto, é dele que acaba extraíndo a crítica de fundo ao liberalismo: não há somente coação física, existe também coação econômica; o excessivo poder econômico e o monopólio ou controle dos “rendimentos” permite “oprimir” os que não dispõem de tais rendimentos e vivem em condições de absoluta precariedade econômica; estes últimos podem até ser juridicamente livres, no entanto estão substancialmente privados de liberdade e reduzidos à “servidão”. Até na terminologia, as assonâncias são evidentes: a “servidão” aí mencionada faz pensar na “escravidão assalariada” que Marx menciona a propósito da condição operária de sua época. É claro que as opções políticas dos dois autores são muito diferentes; porém, na configuração da relação entre economia e política, o acusador continua sendo devedor do “falso profeta”. De outro ponto de vista, voltemos à crítica fundamental que Marx

10. Cf. F. A. von Hayek, *Law, legislation and liberty*, trad. italiana, p. 278 nota.

11. Idem. *New studies in philosophy, politics and the history of ideas* (1976), trad. italiana: *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Roma, 1988, p. 137-147.

12. O próprio Hayek considera as duas expressões equivalentes (*Law, legislation and liberty*, trad. italiana, p. 21 nota).

13. K. R. Popper, *The open society and its enemies* (1943); trad. italiana: *La società aperta e i suoi nemici*, Roma, 1974, v. 2, p. 163.

faz à sociedade burguesa resultante da Revolução Francesa. Esta “completou a transformação das classes políticas em sociais, ou seja, fez das diferenças de classe da sociedade civil meras diferenças sociais, diferenças da vida privada que não têm significado algum na vida política”.¹⁴ Até em sua forma mais desenvolvida, até lá onde anula as restrições censitárias ao direito de voto, o Estado burguês limita-se, na realidade, a “fechar os olhos e a declarar que certas oposições reais não têm caráter político, que não o incomodam”.¹⁵

Que a polarização, mesmo extrema, de miséria e riqueza constitua um fato concernente à esfera exclusivamente privada é até hoje convicção do liberalismo de Hayek; mas tal convicção já foi abandonada, por formas diferentes, por Roosevelt, pela ONU, pela Constituição da República Italiana, por Rawls e até pelo Popper do trecho acima citado. Enquanto, para Hayek, a tirania começa quando o Estado deixa de considerar meramente privadas as desigualdades, mesmo extremas, que subsistem no nível econômico-social, para o Popper aqui examinado é justamente a falta de intervenção do Estado contra essas desigualdades extremas que vai tolerar e consagrar uma relação efetiva de tirania e servidão.

De resto, o teórico da sociedade aberta reconhece a dívida das “democracias modernas” para com o marxismo quando demonstra a obsolescência irremediável deste último, com base no fato de que as democracias modernas teriam colocado em prática “a maior parte” das reivindicações programáticas do Manifesto comunista, a começar pelo “imposto de renda fortemente progressivo ou proporcional”.¹⁶ Formulação muito imprecisa e singular, que assimila e unifica dois tipos de taxaço bastante diferentes! De qualquer forma, visto que faz referência ao Manifesto comunista, presume-se que Popper esteja falando, na verdade, do “starke Progressivsteuer”, o “imposto fortemente progressivo”, precisamente aquele reivindicado por Marx e Engels.¹⁷ Segundo o teórico da sociedade aberta, tal reivindicação estaria obsoleta hoje em dia, por já ter sido amplamente “implementada” nas “democracias modernas”. Na verdade, sobre essa questão até hoje continua se travando uma batalha cultural e política: é justamente à “taxação fiscal progressiva como meio de alcançar uma redistribuição de renda a favor das classes mais pobres” que Hayek se refere para denunciar a crise do liberalismo e a intolerável contaminação socialista sofrida pela própria sociedade ocidental.¹⁸ Por outro lado, em Popper, o destaque da vinculação entre liberdade e condições materiais de vida é uma referência isolada e uma involuntária admissão da vitalidade do ensinamento de Marx; se tivesse

14. K. Marx, Kritik des hegelschen staatsrechhts. In: K. Marx, F. Engels, Werke, Berlin, 1955 em diante (doravante MEW e n. do v.), v.1, p. 284.

15. F. Engels, Die heilige familie. MEW, v. 2, p. 101.

16. K. R. Popper, The open society, trad. italiana, p. 186.

17. K. Marx, F. Engels, Manifest der kommunistischen partei. MEW, v. 4, p. 481.

18. F. A. von Hayek, New studies..., trad. italiana, p. 158.

levado realmente a sério aquele vínculo, o teórico da sociedade aberta não teria feito uma leitura tão maniqueísta da história do século XX e não teria se atirado com tanta violência contra aqueles intelectuais que, esquecidos do fato de que “tudo ia bem no Ocidente”, abandonaram-se a “muito barulho” e a “imprecações” completamente fora de lugar, no âmbito da “nossa sociedade”, da “nossa civilização”, do “nosso belo mundo”.¹⁹

Hayek revela-se mais rigoroso do que Popper: é difícil conciliar a denúncia de Marx como “inimigo” da “sociedade aberta” com um reconhecimento explícito da dívida que essa “sociedade aberta” tem para com o Manifesto comunista. De qualquer forma, Hayek põe na conta do socialismo e do “abandono dos princípios liberais” até “a decisão de transformar todo o campo da seguridade social em monopólio estatal”,²⁰ para não falar do papel dos sindicatos, responsáveis por minar pela raiz o sistema liberal, eliminando a “determinação concorrencial dos preços” da força de trabalho e destruindo assim uma peça fundamental da “economia de mercado”, ou seja, o “mercado concorrencial de trabalho”.²¹

Bem se pode falar, como faz Dahrendorf, de “novo liberalismo”. A passagem do “velho” ao “novo” liberalismo não foi nada indolor; pelo contrário, isso implica gigantescas lutas econômico-sociais e a assimilação, não espontânea e sim imposta pelos fatos, de certos elementos centrais do ensinamento de Marx e de outros autores amaldiçoados pela tradição liberal. Quando o sociólogo anglo-alemão fala de “direitos sociais”, está retomando uma categoria já carimbada por Hayek como infectada de socialismo e marxismo. E quando Dahrendorf denuncia, no desemprego e na miséria, uma ameaça e até uma anulação dos “direitos civis”,²² é claro que está recorrendo à lição de Marx. Às vezes, até na terminologia:

“A igualdade perante a lei pouco significa se não existir sufrágio universal e outras oportunidades de participação política. As oportunidades de participação permanecem como uma promessa vazia se as pessoas não tiverem uma posição social e econômica que lhes dê condições de usufruir daquilo que as leis e Constituições lhes prometem. Pouco a pouco, a idéia de cidadania adquiriu substância. Antes mera quantidade formal de direitos, a cidadania tornou-se um status do qual fazem parte, além do direito de voto, uma renda digna e o direito de ter vida civil, mesmo para os doentes, velhos ou desempregados.”²³

19. K. Popper, *La lezione di questo secolo*, Venezia: Marsilio, 1992, p. 92-94.

20. F. A. von Hayek, *New Studies...*, trad. italiana, p. 161.

21. *Idem*, p. 165; cf. também *Law, legislation and liberty*, trad. italiana, p. 516-517.

22. R. Dahrendorf, *Fragmente eines neuen Liberalismus*, trad. italiana, p. 122.

23. *Idem*, p. 124.

Reaparece aí a crítica ao direito formal, tão cara a Marx; mas, se liberdade e igualdade permanecem formais sem a “substância” de uma “renda digna”, então a democracia ainda está por se fazer, até nos países industriais avançados, sem falar que continua sendo miragem nos países do Terceiro Mundo, mesmo que se digam pertencentes ao Ocidente e ao “mundo livre”.

3. LIBERALISMO E “TEODICÉIA DA FELICIDADE”

Muito mais próximo do liberalismo estava o Dahrendorf dos anos 50 ou 60, quando formulava a tese de que “a posição social do indivíduo (depende hoje) do nível de escolaridade que conseguiu alcançar”.²⁴ Sim, a referência era aos anos do “milagre econômico” ideologicamente transfigurado, porém Dahrendorf acabava retomando um motivo clássico da traição liberal. Ludwig Von Mises é de opinião que “sob o capitalismo” como tal, “a posição social de cada qual depende de sua própria ação”, de modo que, em caso de “fracasso”, o indivíduo não tem espaço para “desculpas”, a responsabilidade é exclusivamente sua.²⁵ Trata-se de uma tese que, para ser formulada, decerto não esperou a emergência de uma sociedade capitalista desenvolvida: “A felicidade à qual o homem está destinado é apenas aquela proporcionada por sua própria força”, isto é, sua capacidade – assim se exprimia Wilhelm Von Humboldt²⁶ já em fins do século XVIII, numa Alemanha fundamentalmente ainda aquém do capitalismo. É um pouco a “teodicéia da felicidade” de que fala Max Weber: “os dominadores, os possuidores, os vencedores, os são”, em suma:

“O homem feliz raramente se dá por satisfeito com o simples fato de possuir a sua felicidade. Ele precisa também ter direito a essa felicidade. Quer ter a convicção de “merecê-la” e, sobretudo, de merecê-la mais do que os outros. E portanto quer estar autorizado a acreditar que os menos afortunados, os que não têm a mesma sorte, também estão apenas recebendo o que lhes cabe. A felicidade quer ser “legítima”. ”²⁷

24. R. Dahrendorf, *Class and class conflict in industrial society* (1959), trad. italiana: *Classi e conflitti di classi nella società industriale*, Roma: Bari, 1963, p. 113.

25. L. von Mises, *The anti-capitalistic mentality* (1987), trad. italiana: *La mentalità anticapitalistica*, Roma, 1988, p. 30.

26. W. von Humboldt, *Ideen zu einem versuch, die gränzen der wirksamkeit des staates zu bestimmen*. In: *Gesammelte schriften*, Berlin, Academia de Ciências, 1903-1936, v. 1, p. 117.

27. Cf. M. Weber, *Die wirtschaftsethik der weltreligionen* (1915-1919), trad. italiana: *L'etica economica delle religioni mondiali*, in *Sociologia della religione*, Torino, 1976, v. 1, p. 331-332. Resta ver se indícios dessa “teodicéia da felicidade” não estão presentes no próprio Max Weber, quando afirma que, no âmbito do capitalismo, quem perde “na luta econômica pela vida” e é “jogado na rua como desempregado” é “o operário que não pode e não quer se adaptar” ao mercado e às “normas” da economia (sem qualquer referência à crise objetiva); cf. *Dir protestantische ethik und der geist des kapitalismus* (1905-1905), trad. italiana: *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Firenze, 1965, p. 87 e 107.

Desse ponto de vista, a tradição liberal é implícita ou declaradamente atravessada por um refrão social-darwinista: já que a miséria não questiona propriamente a ordem social existente, os pobres são os que fracassaram, aqueles que, por preguiça ou incapacidade, foram derrotados ou aniquilados no âmbito da imparcial “luta pela existência” da qual fala, antes de Darwin, o liberal Herbert Spencer; segundo este, não se deve ir contra a lei cósmica que exige a eliminação dos incapazes e fracassados: “Todo o esforço da natureza consiste em livrar-se deles, limpando o mundo de sua presença e abrindo espaço para os melhores”. Todos os homens estão submetidos a uma espécie de juízo divino: “Se realmente tiverem condições de viver, vivem, e é justo que vivam. Se realmente não tiverem condições de viver, morrem, e é justo que morram”.²⁸

Até hoje, é de struggle for survival que fala Ludwig Von Mises, formulando uma teodicéia da felicidade incontaminada e sem fissuras: claro, a “luta pela sobrevivência” premia os “homens superiores”; acrescente-se, porém, que “no capitalismo, os mais dotados e capazes não poderão tirar vantagem de sua superioridade, se não colocarem o melhor de suas capacidades a serviço da maioria dos menos dotados. No âmbito do mercado, o poder econômico cabe aos consumidores”.²⁹ Diante de um quadro tão harmonioso e luminoso, limitamo-nos a lembrar a advertência de Hegel, segundo o qual “cai na celebração e na banalidade” qualquer visão da história e da sociedade à qual falte “a seriedade, o sofrimento, a paciência e o trabalho do negativo”.³⁰

Encontramos em Hayek uma versão mais edulcorada da teodicéia da felicidade. É verdade que ele considera inaceitável qualquer idéia de justiça baseada numa “proporcionalidade entre recompensa e mérito moral”. Mais do que consagração das relações sociais existentes, a ideologia meritocrática é percebida como possível elemento de defasagem e perturbação. Ao contrário, para Hayek, dado que o mérito não é mensurável objetivamente, e que seria arbitrário e despótico pretender retribuição baseada na opinião subjetiva sobre o mérito, próprio e de outrem, só resta substituir a categoria de mérito pela de valor: “é bom que os indivíduos gozem de vantagens proporcionais aos benefícios que seus semelhantes obtêm de suas atividades”.³¹ Mas esse ajuste de categoria não modifica essencialmente a teodicéia da felicidade, que hoje se realizaria no mercado. Permanece sempre que “uma sociedade livre pode funcionar e perpetuar-se apenas se os seus membros considerarem justo que cada

28. H. Spencer, *Social Statics* (1850), New York, 1877, p. 414 ss.

29. Cf. L. von Mises, *On equality and inequality* (1961). In: G. A. Panichas (ed.). *Modern age: the first twenty-five years. A selection*, Indianapolis, 1988, p. 95.

30. G. W. Hegel, *Phénoménologie des Geistes*. In: *Werke in swanzig Bänden*, editado por E. Moldenhauer e K. M. Michel, Frankfurt a.M. 1969-1979, v. 3, p. 24.

31. F. A. von Hayek, *The constitution of liberty* (1960); trad. italiana: *La società libera*, Firenze, p. 117-118.

indivíduo ocupe o lugar correspondente à sua própria ação e como tal o aceite”.³² Se a teodicéia da felicidade, tal como definida por Weber, está em função de proporcionar boa consciência aos que usufruem a riqueza ou o poder, de modo geral, a felicidade, deve-se reconhecer que, na versão de Hayek, atinge o objetivo com especial elegância: não há nenhuma defasagem ou contradição entre posição econômico-social e valor objetivamente medido pelo mercado. Tanto assim que qualquer manifestação de descontentamento em relação a essa teodicéia, realizada pelo mercado, pode ser atribuída exclusivamente ao sentimento de “inveja” e à fuga da “responsabilidade individual”.³³

Em todo caso, embora com variações ideológicas às vezes relevantes, na tradição liberal a miséria envolve o demérito individual, a falta de sorte e o acaso, a ordem natural e até providencial das coisas, mas nunca coloca em questão as relações econômico-sociais e as instituições políticas. Por que, segundo Tocqueville, a revolução de 1848, ainda em fevereiro, já é essencialmente socialista, antiburguesa (e antiliberal)?³⁴ Porque nela estão fortemente representadas “as teorias econômicas e políticas” que pretendem fazer “acreditar que as misérias humanas sejam produto de leis e não da providência, e que seria possível eliminar a pobreza mudando a ordem social”.³⁵ Até a regulamentação legislativa e a conseqüente redução do horário de trabalho (a “jornada de doze horas”) são colocadas pelo liberal francês na conta das “doutrinas socialistas” e como tais condenadas sem apelação.³⁶ Contra a pretensão de colocar “a previdência e sabedoria do Estado no lugar da previdência e sabedoria individuais”, Tocqueville retruca que “não há nada que autorize o Estado a se intrometer na indústria”; é o famoso discurso de 12 de setembro de 1848,³⁷ pronunciado para que a Assembléia Constituinte rejeite a reivindicação de “direito ao trabalho”, já sangrentamente rechaçada nas jornadas de junho, mas que, por vias tortuosas, acabou renascendo, por exemplo, na Constituição da República Italiana.

É verdade que não se realizou, no Ocidente, a socialização radical dos meios de produção, prevista e preconizada por Marx, e que dúvidas e reflexões, inclusive profundas, se manifestam até nos países que, de uma maneira ou de outra, ainda continuam reivindicando o socialismo. Resta o fato de que a relação entre economia e política, a própria concepção de liberdade, resulta profundamente modificada, mesmo no Ocidente, pelo ensinamento de Marx.

32. Idem, p. 93.

33. Idem, p. 117 e 93.

34. A. de Tocqueville, *Souvenirs (1850-1851)*; trad. italiana: Ricordi, in *scritti politici*, Matteucci, N. (ed.), Torino, 1960, v. 1, p. 300 e 359-360.

35. Idem, p. 352.

36. Carta a G. de Beaumont em 3 de setembro de 1848. In: *Oeuvres complètes*, cit., v. 8, 2, p. 38.

37. In: A. de Tocqueville, *Scritti politici*, cit., v. 1, p. 281-294 (especialmente p. 293-294).

4. TRABALHADORES ASSALARIADOS, INSTRUMENTOS DE TRABALHO E “MÁQUINAS BÍPEDES”

Logo, Hayek tem razão em denunciar que houve contaminação socialista e marxista da sociedade ocidental. Aliás, está muito mais certo do que julga. Na verdade, seu erro consiste em elaborar uma reconstrução que é mera reprodução da tradição liberal. Não apresenta nenhuma comprovação da tese de que “a luta contra todas as discriminações baseadas na origem social, nacionalidade, raça, crença religiosa, sexo etc. permanece como uma das características mais marcantes da tradição liberal”.³⁸ Na realidade, e limitando-me a um exemplo macroscópico, num dos países clássicos da tradição liberal (os Estados Unidos), a instituição escravista subsistiu até 1865 e sua abolição formal, a partir daquela data, decerto não significou o desaparecimento imediato de toda discriminação contra os negros, os quais, por causa da cor da pele, por muito tempo continuaram excluídos dos direitos políticos e, às vezes, também dos direitos civis; até recentemente, a legislação de alguns Estados do Sul ainda proibia matrimônios inter-raciais.³⁹

Mas Hayek insiste em sua hagiografia: “o liberalismo clássico apoiara as reivindicações de “liberdade de associação”.⁴⁰ Na realidade, a polêmica anti-sindical, ora mais explícita e violenta, ora em surdina e quase imperceptível, acompanha constantemente a história do pensamento liberal. De resto, para desmentir o patriarca do neoliberalismo, basta citar os autores que são, como veremos, os seus prediletos. Mandeville descreve com surpresa e indignação as primeiras tentativas dos miseráveis de sua época de se organizarem a fim de melhorar sua condição:

“Fui informado, por pessoas dignas de confiança, que alguns desses lacaios chegaram a tal grau de insolência que se reuniram em sociedade e fizeram leis pelas quais se obrigam a não prestarem serviço por soma inferior ao que estabeleceram entre si, a não carregar malas, embrulhos ou pacotes acima de certo peso, fixado em duas ou três libras, e que se impuseram uma série de outras regras diretamente opostas ao interesse daqueles a quem prestam serviço e, ao mesmo tempo, contrárias à finalidade para a qual foram contratados.”⁴¹

Por sua vez, Burke considera que a liberdade de contratação é ameaçada ou anulada por qualquer acordo ao vínculo associativo entre os operários, qualquer combination or collusion.⁴² E quanto à França, então, note-se que a lei Le Chapelier,

38. F. A. von Hayek, *New studies...*, trad. italiana, p. 158.

39. L. Keryan, *L'égalité aux Etats-Unis: mythes et réalité*, Nancy, Presses Universitaires, 1991, p. 78-80.

40. F. A. von Hayek, *New studies...*, trad. italiana, p. 162-163.

41. B. de Mandeville, *An essay on charity schools* (1723); trad. italiana: *Saggio sulla carità e sulle scuole di carità*, M. E. Scribano, (ed.) Roma: Bari, 1974, p. 110.

42. E. Burke, *Thoughts and details on scarcity* (1795). In: *The works of the right honourable Edmund Burke*, London, 1826, v. 7, p. 380.

que proibia as associações operárias, só é revogada em 1887. Por trás disso estão as gigantescas lutas do movimento operário e socialista que culminaram na Comuna de Paris: estamos bem além de 1870, a data que, segundo Hayek, assinala o “início do declínio da doutrina liberal”,⁴³ declínio que coincide com a irrupção, na cena política, de um movimento operário e socialista organizado. E no que diz respeito ao desaparecimento da discriminação censitária dos direitos políticos, até hoje considerada legítima por Hayek, é ainda mais recente, e remete às transformações ocorridas com a Primeira Guerra Mundial e a Revolução de Outubro.”⁴⁴

A democracia moderna não pode ser compreendida sem as idéias e as lutas da tradição democrático-socialista, que têm um mérito ainda mais elevado, o de ter contribuído de modo decisivo para a elaboração do conceito universal de homem, até então estranho à tradição liberal. Locke fala, como de um fato óbvio, dos “agricultores das Índias Ocidentais”, que possuem escravos e cavalos com base em direitos adquiridos em compra-e-venda regular. Na História da navegação, a propósito do comércio com as colônias africanas, podemos ler até: “As mercadorias provenientes desses países são: ouro, marfim e escravos”.⁴⁵ Ainda em pleno século XIX, Mill coloca-as como raças “de menor idade”, pouco acima das espécies animais superiores.⁴⁶

Mas não é unicamente às populações coloniais que se nega a plena dignidade humana. Se Locke classifica o escravo negro na categoria de “mercadoria”, ao lado do cavalo, um século mais tarde Edmund Burke (o “grande whig” inglês, caro a Dahrendorf e também Hayek, que por sua vez o define como “grande e de visão ampla”⁴⁷) classifica o trabalhador manual ou assalariado na categoria de *instrumentum vocale*, colocando-o, portanto, seguindo a divisão clássica, entre os instrumentos de trabalho, ao lado do boi *instrumentum semivocale* e do arado *instrumentum mutum*.⁴⁸ Até mesmo o autor do talvez mais célebre manifesto da Revolução Francesa, Sieyès, fala da “maior parte dos homens como máquinas de trabalho”, isto é, “instrumentos humanos da produção” ou “instrumentos bípedes”. Chega até a uma negação bastante explícita da qualificação de homem:

“Os infelizes destinados aos trabalhos extenuantes, produtores dos prazeres de outrem, que recebem apenas o mínimo para sustentar seus corpos sofridos

43. F. A. von Hayek, *New studies...*, trad. italiana, p. 149.

44. Cf. D. Losurdo, *Democrazia o bonapartismo: trionfo e decadenza del suffragio universale*, Torino, 1993, cap. 1, § 13 e 7º, § 5º.

45. Idem, *Hegel e la libertà dei moderni*, cit., cap. XII, § 3º.

46. J. Stuart Mill, *Considerations on representative government* (1861). In: *Utilitarianism, liberty, representative government*, H. B. Acton, (ed.) London, 1972, p. 197.

47. R. Dahrendorf, *Reflections on the revolution in Europe* (1990); trad., italiana: 1989, *Riflessioni sulla rivoluzione in Europa*, Roma: Bari, 1990, p. 26. Hayek, F. A. von. *Law, legislation and liberty*, trad. italiana, p. 32.

48. E. Burke, *Thoughts and details on scarcity*, cit., p. 383.

e carentes de tudo, esta multidão imensa de instrumentos bípedes, sem liberdade, sem moralidade, sem faculdades intelectuais, dotados apenas de mãos que ganham pouco e de uma mente onerada por mil preocupações que só serve para os fazer sofrer (...), é a estes que chamais de homens? São considerados civilizados (policés), mas já se viu um só capaz de entrar na sociedade?"⁴⁹

Observe-se que é justamente essa nomenclatura antropológica (a negação do conceito universal de homem) que constitui o fundamento teórico da negação dos direitos políticos aos não-proprietários: Constant assimila-os a "meninos" que, obrigados a trabalhar dia e noite, permanecem em situação de "eterna dependência"⁵⁰; de certo modo, trata-se de homens, mas com a característica singular de que nunca atingem, nem podem atingir, a maioridade. Não que Constant se afaste muito de Sieyès: também este último, quando não fala de "instrumentos humanos", ou melhor, "bípedes", fala em "multidão sempre criança".⁵¹ Trata-se de uma concepção que hoje continua a agir, de certo modo, sobre um autor como Hayek, o qual declara explicitamente que uma sociedade livre poderia perfeitamente recusar-se a conceder o sufrágio às massas: afinal, também se nega o direito de voto às "pessoas muito jovens!"⁵²

5. MARX COMO CRÍTICO DO HOLISMO LIBERAL

A insistência de Marx no "homem" como "ente genérico" só pode ser compreendida à luz da luta pela construção do conceito universal de homem. Já em Hegel encontramos a afirmação de que não somente ao escravo tratado pelo patrão como instrumento de trabalho mas também ao pobre reduzido pela fome a condições de substancial escravidão nega-se, em última análise, a qualidade de homem.⁵³ Por essa sua insistência no homem como "ente genérico", Marx foi, muitas vezes, acusado de holismo. Não é o caso de examinarmos aqui a ambiguidade e inadequação dessa categoria. Vale a pena observar, porém, que, sob vários aspectos, o Capital apresenta-se como denúncia do holismo que atravessa a economia política e a tradição liberal. Vejamos algumas das proposições criticadas por Marx: "Para tornar feliz a sociedade – escreve Mandeville – é necessário que a grande maioria permaneça ignorante e pobre". Ou: "A riqueza mais certa consiste numa massa de pobres laboriosos".⁵⁴

49. E. J. Sieyès, *Ecrits politiques*, R. Zapperi, (ed.) Paris, 1985, p. 236 (Dire sur la question du veztro royal), p. 75 (Fragment esclaves) e p. 81 (Fragment Grece, Citoyen-homme).

50. B. Constant, *Principes de politique*, trad. italiana, p. 99-100.

51. E. J. Sieyès, *Ecrits politiques*, cit., p. 80 (Fragment quand on parle mécanisme, il ne faut s'adresser qu'aux mécaniciens).

52. F. A. von Hayek, *The constituion of liberty*, trad. italiana, p. 31-32.

53. Cf. D. Losurdo, *Hegel e la libertà dei moderni*, cit., cap. VII.

54. K. Marx, *Das kapital*. In: MEW, v. 23, p. 643.

Não é tão importante o fato de que o autor de maior predileção de Hayek⁵⁵ considere fato natural, inevitável e ao mesmo tempo benéfico, a miséria e a ignorância dos trabalhadores assalariados. O mais importante é examinar a estrutura epistemológica do discurso de Mandeville: o que exige o sacrifício de uma massa inumerável de indivíduos é a “sociedade”, ou a “riqueza”, um universal monstruoso, que engloba a esmagadora maioria da população. Ou tomemos Destutt de Tracy, igualmente alvo da crítica de Marx: “as nações pobres são aquelas em que o povo vive em condições de bem-estar, ao passo que as nações são aquelas em que é, em regra, pobre”.⁵⁶ A “riqueza das nações” – para usar a expressão cara a Adam Smith – é o novo nome desse Moloch insaciável, que pode até ser chamado de “liberdade”: o ataque antiestatista e liberal de Mandeville é fortemente evidenciado e celebrado por Hayek, o qual porém sobrevoa com desenvoltura o outro lado da medalha, the working slaving people, “a parte mais pobre e miserável da nação”, a qual, segundo Mandeville, trabalha como escrava, e é justo e inevitável que assim seja. E, assim como antes, a “riqueza das nações” exigia a miséria da maioria da população, agora o que poderíamos chamar de “liberdade das nações” exige a substancial escravidão, sempre da maioria da população.

Mas é preciso nos determos mais um pouco na estrutura do discurso criticado no *Capital*: a felicidade, ou a riqueza, ou a liberdade da “sociedade” ou da “nação” exigem a infelicidade, a miséria, a escravidão da maioria de seus membros. Por que tal proposição não é percebida como logicamente contraditória? É claro: porque os trabalhadores assalariados não são classificados propriamente, a pleno título, na categoria de “sociedade” e “nação”, um universal que só os leva em conta para que sirvam de vítimas de sacrifício.

A necessidade de estabelecer uma drástica limitação dos direitos civis de certos grupos sociais ou étnicos, considerados perigosos e subversivos, às vezes é explicitamente teorizada. Vejamos em que termos Lord Palmerston, campeão da Inglaterra liberal, rejeita a concessão de liberdade religiosa aos católicos irlandeses: “A legislação de um país tem o direito de condenar uma parte da comunidade a certa falta de direitos políticos, conforme necessário para a segurança e bem-estar do todo (...) Isto é parte dos princípios fundamentais em que se baseia um governo civil”. Surge aí a palavra-chave do holismo (segurança e bem-estar do todo); e surge num expoente de primeira linha do liberalismo, não em Marx, o qual, pelo contrário, em polémica com o próprio Lord Palmerston, condena o fato de que, na teoria deste, a “massa do povo” fica totalmente subordinada a um universal ilusório e mistificador, a “legislação”, “ou seja, em outras palavras, a classe dominante”.⁵⁷

55. Cf. em particular F. A. von Hayek, *New studies...*, trad. italiana, p. 271-289.

56. K. Marx, *Das kapital*. In: MEW, v. 23, p. 677.

57. K. Marx, Lord Palmerston. In: MEW, v. 9, p. 361.

E note-se que, não poucas vezes, o liberalismo priva a “multidão sempre criança” não apenas dos direitos políticos, mas também dos direitos civis. Hayek pode até exaltar Mandeville como aquele para quem “o exercício arbitrário do poder ficaria reduzido ao mínimo”.⁵⁸ Mas, na realidade, o liberal inglês desejaria regulamentar, de cima para baixo, até o tempo livre das classes inferiores, tanto que chega a propor – ele, expoente de uma moral radicalmente laica – que aos domingos “se impeça” que “os pobres tenham acesso a qualquer tipo de divertimento fora da igreja, que poderia atraí-los a ponto de fazer-lhes abandonar o recinto sagrado”.⁵⁹ Ainda no século XIX, os liberais alemães Rotteck e Welcker (entusiasticamente citados por Hayek),⁶⁰ com a finalidade de prevenir, “na fonte”, qualquer ataque ao direito de propriedade, exigem que os mendigos e todas as pessoas desprovidas de meios de subsistência sejam encerradas, até mediante simples “medida autônoma das autoridades policiais”, em “casas de trabalho obrigatório”, e por tempo indeterminado, para serem submetidos a uma dura, aliás implacável, disciplina.⁶¹

Já se falou da decisiva contribuição do movimento democrático e socialista para a construção do conceito universal de homem (ou pessoa, ou indivíduo). Nietzsche enxerga longe quando põe na conta do “socialismo” a “igualdade da pessoa”; a “igualdade da pessoa”, aí contestada, é a afirmação segundo a qual se deve reconhecer como pessoa todo membro da espécie humana. No entanto – em furiosa polêmica, justamente contra o socialismo – Nietzsche afirma que “a maioria não é pessoa nenhuma”; “são poucos os indivíduos.” E tal como Burke, de olho na agricultura, definia o trabalhador assalariado como *instrumentum mutum*, assim Nietzsche, de olho na indústria define-o como “instrumento de transmissão”, ou seja, com a função de transmitir movimento aos teares e meios de produção propriamente ditos; e tal como Sieyès falara dos trabalhadores assalariados como “máquinas de trabalho”, assim Nietzsche os chama de “máquinas inteligentes”. E tal como Mandeville considerava oportuno negar instrução à “parte mais pobre e miserável da nação”, a fim de não criar nenhum tipo de obstáculo ao processo de reprodução do *working slaving people*, também Nietzsche pensa que a educação popular é absolutamente incompatível com a substancial escravidão que é o trabalho assalariado e que constitui o pressuposto de qualquer civilização.⁶² As primeiras obras de Nietzsche datam do período em que Hayek situa “o declínio da doutrina liberal”, em decorrência do desenvolvimento do movimento democrático-socialista. Em polêmica contra esse movimento, e na tentativa desesperada de não avançar na construção do conceito

58. F. A. von Hayek, *New studies...*, trad. italiana, p. 280.

59. B. de Mandeville, *An Essay on charity and charity schools*, trad. italiana, p. 112.

60. F. A. von Hayek, *New studies...*, trad. italiana, p. 143.

61. Sobre esse assunto, ver D. Losurdo, *Tra Hegel e Bismarck: la rivoluzione del 1848 e la crisi della cultura tedesca*, Roma 1983, cap. 3, § 8º.

62. Sobre este tema, ver meu artigo *Nietzsche, il moderno e la tradizione liberale*. In: *Metamorfosi del moderno*, (ed.) G. M. Cazzaniga, D. Losurdo, L. Sichirello, Urbino, 1988, p. 115-140.

universal de homem, Nietzsche acaba retomando, objetivamente, certos temas e motivos típicos do liberalismo, ou pelo menos do primeiro liberalismo.

6. AS “CRIANÇAS”, OS “BÁRBAROS” E A TRADIÇÃO COLONIAL

Na Inglaterra, de meados do século XVII a meados do XVIII – ressalta o grande sociólogo Tawney, expoente do Partido Trabalhista inglês –, a atitude dominante para com o “novo proletariado industrial” é tão dura “que não tem paralelo em nossa época, a não ser no comportamento dos mais abjetos colonizadores brancos para com os trabalhadores de cor.”⁶³ Na realidade, como procurei demonstrar, essa atitude vai bem além da Inglaterra e do limite de tempo aí indicado. Vimos primeiro Sieyès e depois Constant falando dos trabalhadores assalariados como eternas crianças. Mais tarde, assiste-se a um deslocamento interessante dessa metáfora. Ainda que no âmbito de um discurso conjugado no futuro, Mill opina que os próprios trabalhadores assalariados devam gozar de direitos políticos, porém a discriminação censitária, expulsa pela porta, ameaça voltar pela janela, com a proposta de que as pessoas dotadas de maior inteligência deveriam ter voto “plural”, a fim de exercerem maior influência.⁶⁴

Parece que os trabalhadores assalariados não são mais eternas crianças: mas essa imagem mal desapareceu na Europa e já ressurgiu nas colônias, nas “sociedades atrasadas, onde a própria raça pode ser considerada menor de idade”. Como se comportar nesses casos? Passemos a palavra a Mill:

“As dificuldades que desde o início se contrapõem ao progresso espontâneo são tão grandes que raramente se pode escolher entre diversos meios de superá-las: e é justificável que um governante imbuído de intenções progressistas empregue qualquer meio que permita alcançar seu objetivo, de outro modo impossível. O despotismo é uma forma legítima de governo quando se trata de bárbaros, desde que seja para o progresso deles e que os meios sejam justificados por alcançar realmente tal progresso. A liberdade, em princípio, não é aplicável em nenhuma situação anterior ao momento em que os homens tenham-se tornado capazes de melhorar através da livre discussão entre iguais. Até esse momento, não há para eles, salvo a obediência absoluta a algum Aqbar ou algum Carlos Magno, se tiverem tido a sorte de encontrá-lo.”

É claro: a liberdade “só vale para seres humanos na plenitude de suas faculdades”.⁶⁵ Tal como antes, a imagem das crianças incapazes de entender e querer

63. R. H. Tawney, *Religion and the rise of capitalism* (1929); trad. italiana: *La religione e la genesi del capitalismo*. In: *Opere*, F. Ferraretti, (ed.) Torino, 1975, p. 513.

64. J. Stuart Mill, *Considerations on representative government*, cit., p. 285-288.

65. Idem. *On Liberty* (1858); trad. italiana: *Saggio sulla libertà*, Milano, 1981, p. 3.

constituía a maioria da população da Europa, agora, deslocada para as colônias, essa imagem continua abrangendo, de qualquer maneira, a maioria da humanidade. É verdade que não se trata mais de uma condição a ser considerada eterna, porém, não apenas sua superação pela maioria está colocada num futuro bastante remoto, mas também, e sobretudo, a comprovação da maturidade alcançada compete, por definição, exclusivamente aos que desde já são, ou se autoproclamam, capazes de entender e querer. Sobre essa autoproclamação, sobre o fato de que os países e povos tratados a ferro e fogo pelo Ocidente representem não apenas a infância como o barbárie, Mill está tão livre de dúvidas que chega a justificar, indiretamente, até a infame “guerra do ópio”, e ainda por cima justificá-la em nome dos princípios liberais: “A proibição de importar ópio na China viola a liberdade (...) do comprador”, até antes do que a “do produtor e do vendedor”.⁶⁶

Estamos no tempo da segunda “guerra do ópio”. No começo da primeira, Tocqueville chegara a se exprimir em termos líricos:

“Eis afinal a mobilidade da Europa em combate contra o imobilismo chinês! Trata-se de um acontecimento grandioso, sobretudo quando se considera que é mera continuação, última etapa numa série de acontecimentos da mesma natureza, que gradativamente vêm empurrando a raça européia para além de suas fronteiras, submetendo sucessivamente todas as outras raças ao seu império ou sua influência (...); é a sujeição das quatro partes do mundo, por obra da quinta parte. Por isso, é bom não se maldizer demais o nosso século e a nós mesmos; os homens são pequenos, mas os acontecimentos são grandiosos.”⁶⁷

Como observador atento e lúcido, Tocqueville dá-se perfeitamente conta da realidade do colonialismo: na Argélia, “tornamos a sociedade muçulmana muito mais miserável, mais desordenada, mais ignorante e mais bárbara do que era antes de nos conhecer”.⁶⁸ Dá-se conta de que o colonialismo europeu avança até a beira do genocídio: há perigo de que se repita “a história da conquista da América”.⁶⁹ Sim, “é não apenas cruel, mas absurdo e impraticável pretender sufocar ou exterminar os indígenas”; mas, enquanto isso, na Argélia, “dizíamos a população”, a qual de resto continua sendo ceifada pela fome provocada pela guerra de conquista (“neste momento, Abdel-Kader está literalmente morrendo de fome”); e de qualquer maneira, para os oficiais e colonos do exército francês, “a morte de cada um deles (árabes) parece um bem”.⁷⁰ E no entanto, apesar desses toques realistas, Tocqueville considera impensável

66. Idem, p. 130.

67. Carta a Reeve em 12 de abril de 1840. In: Tocqueville, A. de. Oeuvres complètes, cit., v. 4, 1, p. 58.
68. A. de Tocqueville, Ecrits et discours politiques. In: Oeuvres complètes, cit., v. 3, 1, p. 323.

69. Idem, p. 329.

70. Carta a F. de Corcelle em 1º de dezembro de 1846. In: Oeuvres complètes, cit., v. 15, 1, p. 224-225.

e fora de questão propor a retirada das colônias francesas e europeias. Até o fim, para o liberal francês, a Europa continua sendo sinônimo de civilização e as populações coloniais, de barbárie. Em 1875, quando toda a Índia parece rebelar-se contra o domínio inglês, inclusive as tropas armadas e treinadas pela Inglaterra, escrevendo a seu amigo inglês Reeve, com o qual 17 anos antes celebrara o início da “guerra do ópio”, Tocqueville recorre desta vez a tons de angústia: “seria desastroso para o futuro da civilização e para o progresso da humanidade” que a Índia voltasse a cair na “barbárie”. Pode-se ter esperança, contudo, numa repressão eficaz: “hoje em dia, quase nada é impossível para a nação inglesa, desde que ela utilize todos os seus recursos e toda a sua vontade”.⁷¹

Seria fácil, a esta altura, contrapor a Mill e Tocqueville o quadro terrificante que Marx apresenta da dominação inglesa na China e na Índia, ainda que nem mesmo o grande pensador revolucionário consiga superar completamente a concepção típica da cultura liberal da época, de colonialismo “civilizador”.⁷² Já é mais significativa a ironia sobre a “guerra civilizatória” das potências coloniais: na “guerra do ópio”, enquanto na China “o semibárbaro atinha-se aos princípios da lei moral, o civilizado lhe contrapunha o princípio do Eu”,⁷³ isto é, da liberdade de comércio e da civilização liberal, o princípio tão eloquentemente defendido por Mill. Mas qual é a civilização e qual a barbárie? Por enquanto, a Europa pode preservar sua certeza de representar a civilização, pois ainda não chegou ao conceito universal de homem. É por isso que ela ferve de indignação com as crueldades e os “horrores” – como os define Tocqueville⁷⁴ – dos insurretos na Índia e na China, mas continua a manter sua boa consciência, apesar de todos os crimes que ela mesma comete nas colônias. Nas palavras de Marx: “A crueldade, como tudo neste mundo, tem suas modas, que variam conforme o tempo e o lugar. César, o refinado homem de cultura, conta tranqüilamente que mandou cortar a mão direita de alguns milhares de guerreiros gauleses”.⁷⁵ Mas na época a Gália era sinônimo de barbárie, ao passo que, no tempo de Mill e de Tocqueville, a França era sinônimo de civilização. Tocqueville nota como, na América liberal e democrática, os brancos se recusam a reconhecer nos negros “os traços gerais de humanidade”, assim como se recusam essencialmente a reconhecê-los nos índios.⁷⁶ No entanto, embora observando que, aos olhos dos oficiais franceses na Argélia, “os

71. Carta de 2 de agosto de 1857. In: A. de Tocqueville, *Oeuvres complètes*, cit., v. 6, 1, p. 230.

72. Cf. D. Losurdo, *Marx e il bilancio storico del novecento*, Roma, 1993, cap. VII, § 3º.

73. K. Marx, *Another civilisation war*, 10 de outubro de 1859, e *The opium trade*, 20 de setembro de 1858. In: S. Avineri (ed.) *Karl Marx on colonialism and modernisation*, New York, 1968, p. 361-323; trad. italiana: In: K. Marx, F. Engels, *India Cina Russia: le promesse per tre rivoluzioni*, B. Maffi, (ed.) Milano, *Il Saggiatore*, 1976, p. 230 e 204; neste caso, não parece muito confiável a tradução alemã, In: MEW, v. 13, p. 516, v. 12, p. 552.

74. Carta a Reeve em 30 de janeiro de 1858. In: A. de Tocqueville, *Oeuvres complètes*, cit., v. 6, 1, p. 254.

75. K. Marx, *Der indische aufstand*. In: MEW, v. 12, p. 200.

76. A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*. In: *Oeuvres complètes*, cit., v. 1, p. 357 e p. 355, nota.

árabes são como animais nocivos”,⁷⁷ Tocqueville alerta a França para que evite deixar surgir entre os árabes a ilusão ou pretensão de que possam ser tratados “como se fossem nossos cidadãos e nossos iguais”. A idéia de igualdade do homem não pode ser estendida a ponto de abarcar os “povos semicivilizados”. É sempre Tocqueville, embora aqui e ali acabe reconhecendo quão bárbaro é o comportamento da França na Argélia, quem, de outra forma, alerta exatamente a França para que não se abandone à generosidade e à indulgência, virtudes incompreensíveis para esses “povos semicivilizados”, que só são capazes de entender o discurso da “justiça exata, mas rigorosa”. Em todo caso, nem por um instante os árabes devem ter a ilusão de que a França (e a Europa) possa abandonar “sua posição de dominação”: isto significaria provocar “espanto e confusão em seus espíritos, enchê-los de noções errôneas e perigosas”.⁷⁸

Já vimos que Mill fala indiferentemente de “bárbaros” ou de “raças” que devem ser consideradas menores de idade. Mesmo na diversidade de suas configurações e deslocamentos geográficos, a imagem da multidão infantil acompanha constantemente, como uma sombra, o pensamento liberal e define seu limite de fundo: existem homens (e, às vezes, de humano só têm a aparência) para os quais a liberdade resulta ser um berloque supérfluo e perigoso ao mesmo tempo. Como diz Sieyès: “Dêem um brinquedo a uma criança, e ela o quebrará para ver como é feito (...). Ora, o mecanismo social também é um brinquedo para a multidão sempre criança”.⁷⁹

Mas, assim como os bárbaros ou “semicivilizados” são crianças, também as crianças que vivem na metrópole transformam-se facilmente em bárbaros ou diabos. Já com referência ao processo de radicalização da Revolução Francesa e à irrupção das massas populares na cena política, Mallet du Pan lança o grito de alarme: “Os hunos (...) estão entre nós”. Quatro décadas mais tarde, quando do levante dos trabalhadores da indústria da seda de Lyon, Saint-Marc Girardin denuncia a “nova invasão dos bárbaros”.⁸⁰ Depois do levante operário de junho de 1848, o próprio Tocqueville, embora descrevendo as emoções coletivas da época, acaba também evocando o espectro “dos vândalos e dos godos”.⁸¹

A sociedade burguesa-liberal tende a ler até os conflitos de classe em termos naturalistas e de raça. É por isso que, quando se rebelam, os próprios trabalhadores da metrópole são denunciados como bárbaros, aqueles que trazem a ameaça de barbárie dentro do próprio mundo civil, que já precisa precaver-se contra os bárbaros externos.

77. Carta a F. de Corcelle em 1º de dezembro de 1846. In: *Oeuvres complètes*, cit., v. 15, 1, p. 224.

78. A. de Tocqueville, *Ecrits et discours politiques*. In: *Oeuvres complètes*, cit., v. 3, 1, p. 324.

79. E. J. Sieyès, *Ecrits politiques*, cit., p. 80 (Fragment quand on parle mécanisme, il ne faut s'adresser qu'aux mécaniciens).

80. Cf. C. Hunecke, *Tendenze anticapitalistiche nella rivoluzione francese*. In: *Società e storia*, I (1976), n. 1, p. 164.

81. A. de Tocqueville, *Souvenirs*, trad. italiana, p. 360-361.

Explicam-se assim as recorrentes propostas de esterilização obrigatória da raça dos vagabundos, ociosos e criminosos, dos bárbaros que são propriamente incapazes de se elevarem ao nível da civilização: é uma idéia que tem um papel importante na cultura americana dos séculos XIX e XX,⁸² mas que ainda está presente em Winston Churchill.⁸³

7. NEOLIBERALISMO E NOVA DIREITA

Se hoje, quando se fala em direitos do homem, entende-se, pelo menos entre os de cultura política mais adiantada, o homem em sua universalidade, o homem como tal, não se pode ignorar o quanto contribuiu, para alcançar esse resultado, a tradição política que vai de Robespierre (o primeiro a contestar as limitações censitárias ao direito de voto e a abolir a escravidão nas colônias) a Lenin (a Revolução de Outubro deu impulso decisivo ao processo de descolonização e de reconhecimento do direito de autodeterminação, inclusive para os povos antigamente considerados bárbaros). A constatação desse fato histórico não deve, obviamente, servir de obstáculo a um balanço crítico, sem indulgência, sobre a tradição revolucionária em questão. No que se refere especificamente ao marxismo, este é atravessado em profundidade pela ilusão de uma breve fase de transição a um comunismo utopicamente transfigurado, o que provocou conseqüências certamente nefastas: foi essa ilusão que levou a negligenciar, ou, pior ainda, a considerar puramente “formal”, o problema das garantias democráticas, ou, em outras palavras, o velho problema liberal dos limites do poder, qualquer que seja. Seria errado, porém, pensar que esse problema esteja completamente ausente em Marx e Engels. Há até uma apaixonada exaltação da tradição liberal anglo-saxônica: o “direito inglês” – escreve Engels em 1892 – é “o único que conservou intacta, e transmitiu à América e às colônias, a parte melhor da liberdade pessoal, da autonomia local e da independência perante toda intervenção de fora, com exceção da intervenção da justiça”; tudo o que se perdeu na Europa continental com as monarquias absolutas e nunca foi totalmente reconquistado.⁸⁴

O que marca a separação entre Marx e Engels, de um lado, a tradição liberal, do outro, não é o tema da liberdade individual, e sim o reconhecimento da dignidade de indivíduo e de homem a todo ser humano, bem como a consciência de que sem “libertar-se da necessidade” podem resultar formais a liberdade civil e política e o próprio reconhecimento da dignidade humana. É verdade que profundas transformações políticas e sociais se desenvolveram de formas bem diferentes daquelas

82. Cf. A. E. Fink, *Causes of crime. Biological theories in the United States 1800-1915*, (1958), New York, 1962.

83. C. Ponting, *Churchill's plane for race purity*. In: *The guardian* de 20-21.6.92.

84. F. Engels, *Introdução à edição inglesa (1892) de Entwicklung des Sozialismus von der Utopie sur wissenschaft*. In: *MEW*, v. 22, p. 304.

previstas e preconizadas por Marx e Engels. E no entanto, tem razão Hayek em surpreender em Roosevelt e nos documentos da ONU, na configuração atual da sociedade "liberal-democrática", a influência do movimento democrático-socialista e do marxismo. É importante traçar um balanço histórico correto do mundo em que vivemos, para compreender os termos reais do atual debate político. Assistimos hoje à tentativa de implementar uma gigantesca depuração da sociedade liberal-democrática, expurgando-a de tudo o que nela inseriram as prolongadas lutas do movimento democrático-socialista. Corretamente, Dahrendorf identifica no neoconservadorismo a tentativa de retroceder na "idéia de direitos civis e sociais", a tentativa de privar a idéia de direito da "substância social" que é resultado da "resposta da sociedade aberta aos desafios da luta de classe".⁸⁵

Então, apesar de todas as diferenças, o neoconservadorismo ou o neoliberalismo acabam inevitavelmente confluindo com a direita, velha e nova, na liquidação não só do movimento socialista, mas até da herança da Revolução Francesa e da idéia de égalité, do "Estado providenciário"⁸⁶ etc. Às vezes, a própria Nova Direita reivindica explicitamente a tradição liberal, contrapondo-a à massificação do mundo moderno. Tocqueville – escreve Alain de Benoist – foi "um dos primeiros a descobrir a contradição oculta no slogan que, a partir de 1789, associa igualdade e liberdade".⁸⁷ Claro, para a Nova Direita, o anti-igualitarismo dos neoconservadores não parece suficientemente radical e conseqüente.⁸⁸ No entanto, há um tema de fundo que é comum às duas correntes. Benoist não se cansa de denunciar, no conceito universal de homem, a versão, superficialmente laicizada, do monoteísmo hebraico-cristão, a origem do "totalitarismo igualitário".⁸⁹

Referindo-se à Declaração Universal dos Direitos do Homem, Hayek, por sua vez, ironiza o "conceito de 'direito universal', que garante ao camponês, ao esquimó e talvez até ao abominável homem das neves suas 'periódicas férias remuneradas'".⁹⁰ A liquidação da herança do movimento democrático-socialista não pode deixar de entrar em choque com o conceito de homem e de direito do homem como tal, e só nesse contexto é que se pode compreender a tese colocada por Hayek em relação ao problema da fome no Terceiro Mundo: "Contra a superpopulação só existe um freio, é que só se mantenham e aumentem os povos capazes de se alimentarem sozinhos".⁹¹

85. R. Dahrendorf, *Fragmente eines liberalismus*, trad. italiana, p. 139 e 127.

86. Cf. G. Faye, A. de Benoist, *Contro lo stato-providenza*. *Trasgressioni*, set./dez. 1987, p. 81-94.

87. A. de Benoist, *Vue de droite*, Paris, 1978, p. 259.

88. Cf. G. Faye, *Il neo-conservatorismo americano: un capitolo dell'ideologia egualitaria*. *Trasgressioni*, maio/ago., 1986, p. 61-71.

89. A. de Benoist, *Les idées à l'endroit*, Paris, 1979, p. 31, p. 159 e 167 ss.

90. F. A. von Hayek, *Law, legislation and liberty*, trad. italiana, p. 311.

91. Declaração de Hayek à *Wirtschaftswoche*, de 6 de março de 1981.

É natural que a volta à concepção liberal clássica, vista e mantida em sua “pureza” e “autenticidade”, comporte, até mesmo em âmbito internacional, a rejeição a qualquer redistribuição de recursos, a não ser por obras de caridade individual. Mesmo quando alcança dimensões trágicas, significando até a morte de milhões de pessoas, a fome continua sendo fato privado dos que a sofrem e de eventuais benfeitores caridosos. Assim, os povos vão ter de aprender a “se alimentarem sozinhos”. Claro, milhões de crianças nem terão tempo de aprender. Mas a resposta a essa eventual objeção já está contida num clássico da tradição liberal. Segundo Malthus, faz parte do “governo moral deste universo que os pecados dos pais recaiam sobre seus filhos”: “pelas leis da natureza, a criança é confiada direta e exclusivamente à custódia de seus pais” e não tem nenhum direito a reivindicar perante a sociedade.⁹²

E nessa desconfiança na categoria de direitos universais do homem, nessa indiferença pelo destino de milhões de indivíduos concretos, manifesta-se, mais uma vez, o caráter ideológico e mistificador da fé que o liberalismo clássico e o neoliberalismo professam no “individualismo”.

92. Th. R. Malthus, *An essay on the principles of population* (6ª ed., 1826); trad. italiana: *Saggio sul principio di popolazione*, Torino, 1965, p. 497.

A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA PÓS-MODERNIDADE

J. A. Lindgren Alves*

Sumário: 1. Introdução. 2. A questão da universidade. 3. A globalização e as novas configurações sociais. 4. A rejeição do iluminismo. 5. Conciliações possíveis. 6. Os direitos humanos como valores transculturais.

* José Augusto Lindgren Alves é diplomata, Cônsul Geral do Brasil em São Francisco, Estados Unidos, ex-Diretor Geral do Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais do Ministério das Relações Exteriores.

1. INTRODUÇÃO

No curso de seu meio século de existência, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, cumpriu um papel extraordinário na história da humanidade. Codificou as esperanças de todos os oprimidos, fornecendo linguagem autorizada à semântica de suas reivindicações. Proporcionou base legislativa às lutas políticas pela liberdade e inspirou a maioria das Constituições nacionais na positivação dos direitos da cidadania. Modificou o sistema “westfaliano” das relações internacionais, que tinha como atores exclusivos os Estados soberanos, conferindo à pessoa física a qualidade de sujeito do Direito além das jurisdições domésticas. Lançou os alicerces de uma nova e profusa disciplina jurídica, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, descartando o critério da reciprocidade em favor de obrigações erga omnes. Estabeleceu parâmetros para a aferição da legitimidade de qualquer governo, substituindo a eficácia da força pela força da ética. Mobilizou consciências e agências, governamentais e não-governamentais, para atuações solidárias, esboçando uma sociedade civil transcultural como possível embrião de uma verdadeira comunidade internacional.

É fato que nenhuma dessas conquistas se verificou sem controvérsias e lutas. Nem mesmo os Estados redatores da Declaração se dispuseram seriamente a cumpri-la desde o primeiro momento, conforme evidenciado nas resistências à outorga de natureza obrigatória aos direitos nela definidos. Em contraste com os dois anos e meio transcorridos para a negociação e proclamação da Declaração, os dois principais tratados de direitos humanos – o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais –, de caráter compulsório para os respectivos Estados-partes, também negociados desde 1946, levaram vinte anos para ser aprovados na ONU (em 1966) e trinta para entrar em vigor no âmbito internacional (em 1976, ano em que obtiveram o número de ratificações necessárias). Até hoje não receberam a adesão de todos os países.

Malgrado essas e outras dificuldades, não deixa de ser curioso que a Declaração de 1948, com configuração de manifesto, meramente recomendatório – simples peça de soft law, na terminologia anglo-saxã – tenha conseguido repercussão tão generalizada quando era politicamente válido questionar sua universalidade. Mais paradoxal é, porém, a situação em que se encontra agora.

Formalmente universalizados pela Conferência de Viena de 1993, quando o fim da competição estratégica bipolar parecia propiciar-lhes a oportunidade de enorme fortalecimento, os direitos humanos se vêem atualmente ameaçados por múltiplos fatores. Alguns sempre existiram e, provavelmente, sempre existirão. Decorrentes de políticas de poder, do arbítrio autoritário, de preconceitos arraigados e da exploração econômica, tais ameaças não são nem antigas, nem modernas; são praticamente eternas,

podendo variar na intensidade e nas formas em que se manifestam. Outras, contudo, são – ou se apresentam como – novas, características do período em que vivemos, senão exclusivas da década presente, profundamente sentidas desde o fim da Guerra Fria. Mais difíceis de combater do que as ameaças tradicionais, os novos fatores contrários aos direitos humanos, insidiosos e efetivos, acham-se embutidos nos efeitos colaterais da globalização econômica e no antiuniversalismo pós-moderno do mundo contemporâneo.

2. A QUESTÃO DA UNIVERSALIDADE

Herdeira do Iluminismo, assim como a própria ONU, a Declaração de 1948 explicita, no preâmbulo, sua doutrina. Esta se baseia no reconhecimento da “dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis” como “fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Para que os Estados, a título individual e em cooperação com as Nações Unidas, cumpram plenamente o compromisso de promover o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais, assumido ao assinarem a Carta de São Francisco e recordado no preâmbulo da Declaração, “uma compreensão comum desses direitos e liberdades” é reputada “da mais alta importância”.

Ao preâmbulo se seguem trinta artigos. Nem todos são propriamente dispositivos. O artigo 1º, também doutrinário, afirma: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. O artigo 2º começa por entronizar axiologicamente o princípio da não-discriminação de qualquer espécie (em função de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza ou qualquer outra condição), acrescentando: “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração”. Passando da afirmação à linguagem imperativa, o mesmo artigo 2º determina adiante que “não será feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania”. Essencial a um documento destinado a todos os seres humanos, num período em que dois-terços da humanidade ainda viviam em regime colonial, foi essa determinação do segundo parágrafo do artigo 2º – na verdade, uma auto-restrição do Ocidente sobre sua atuação nas colônias, tantas vezes brutal – que permitiu à Declaração de 1948 ser denominada Universal, e não apenas Internacional, como seria de esperar.¹

1. Conforme proposição de René Cassin (v. M. Glen Johnson, *Writing the Universal Declaration of Human Rights*, In: *The Universal Declaration of Human Rights: 45th anniversary 1948-1993*, UNESCO, 1994, p. 67-68). A Declaração de 1948 é o único instrumento de direitos humanos que se autoproclama “universal”; todos os demais são intitulados “internacionais”.

Os direitos estabelecidos na Declaração, embora frequentemente violados, são hoje em dia amplamente conhecidos: à vida, à liberdade, à segurança pessoal; de não ser torturado nem escravizado; de não ser detido ou exilado arbitrariamente; à igualdade jurídica e à proteção contra a discriminação; a julgamento justo; às liberdades de pensamento, expressão, religião, locomoção e reunião; à participação na política e na vida cultural da comunidade; à educação, ao trabalho e ao repouso; a um nível adequado de vida, e a uma série de outras necessidades naturais, sentidas por todos e intuídas como direitos próprios por qualquer cidadão consciente. Controvertido, na qualidade de direito humano fundamental, o direito à propriedade, “só ou em sociedade com outros”, registrado no artigo 17, desagradava sobretudo aos países socialistas, enquanto os direitos econômicos e sociais não se adequavam à ortodoxia liberal capitalista. A igualdade de direitos entre homens e mulheres, sobretudo no casamento (art. 16), assim como a proibição de castigo cruel (art. 5º) causavam, por sua vez, dificuldades a países muçulmanos de legislação não-secular. Nenhum dos dispositivos chegava, contudo, a ofender as tradições de qualquer cultura ou sistema sociopolítico. Ainda assim a Declaração dos Direitos Humanos foi submetida a voto, na Assembléia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948, e aprovada por quarenta e seis a zero, mas com oito abstenções (África do Sul, Arábia Saudita e os países do bloco socialista).

Adotada sem consenso num foro então composto de apenas 56 Estados, ocidentais ou “ocidentalizados”², a Declaração Universal dos Direitos Humanos não foi, portanto, ao nascer, “universal” sequer para os que participaram de sua gestação. Mais razão tinham, nessas condições, os que dela não participaram – a grande maioria dos Estados hoje independentes – ao rotularem o documento como “produto do Ocidente”.

Não tendo tido voz nas negociações pertinentes, porque eram quase todos colônias ocidentais, os países afro-asiáticos tinham razão, sim, em suas objeções à Declaração de 1948, assim como, em menor grau, os socialistas, que se abstiveram na votação (apesar de terem sido os principais propugnadores dos direitos econômicos e sociais, por ela estabelecidos). Todos, porém, deixaram de ter razão aos poucos, na medida em que os direitos consagrados pelo documento entraram gradativamente nas consciências de seus nacionais³, auxiliando-os, inclusive, nas lutas pela descolonização⁴.

2. O Movimento dos Não-Alinhados não existia; a China presente era a República insular de Chang Kai-chek; o Líbano era governado por cristãos; a Índia acabava de tornar-se independente e a América Latina não tinha ainda qualquer posição terceiro-mundista (a própria noção de “Terceiro Mundo” não existia).

3. Para se aquilatar, ainda que de maneira imprecisa, o grau de absorção da noção de direitos humanos pelas populações não-ocidentais basta observar a quantidade de ONGs afro-asiáticas que atualmente acompanham as deliberações da Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas, sua atuação nos foros paralelos das grandes conferências internacionais e as denúncias de violações em países próprios ou alheios encaminhadas por elas, regularmente, ao Secretariado da Alta Comissária para os Direitos Humanos, em Genebra.

4. O direito dos povos à autodeterminação, com que se abrem os dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos, foi o primeiro “direito de terceira geração” acolhido no Direito Internacional. Isso se explica porque a autodeterminação da respectiva comunidade era, e ainda é, reputada essencial à vigência efetiva dos demais direitos.

Deixaram de ter razão, também, pelo constante recurso que a ela sempre fizeram para a consecução de seus próprios objetivos internacionais, como na luta pela erradicação do apartheid e em defesa da causa palestina. Perderam a consistência, ainda, na medida em que foram aderindo, seletiva mas voluntariamente, a outros instrumentos internacionais nela baseados, como os dois Pactos Internacionais e as grandes convenções de direitos humanos⁵ – nesses casos instrumentos jurídicos obrigatórios (hard law), que exigem ratificação e prevêem monitoramento.

O passo mais significativo – ainda que não “definitivo” – no caminho da universalização formal da Declaração de 1948 foi dado na Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, em junho de 1993. Maior conclave internacional jamais reunido até então para tratar da matéria, congregando representantes de todas as grandes culturas, religiões e sistemas sociopolíticos, com delegações de todos os países (mais de 170) de um mundo já praticamente sem colônias, a Conferência de Viena adotou por consenso – portanto, sem votação e sem reservas – seu documento final: a Declaração e Programa de Ação de Viena. Este afirma, sem ambigüidades, no artigo 1º: “A natureza universal desses direitos e liberdades não admite dúvidas”.

É inegável que o consenso alcançado nessa conferência mundial exigiu longas e difíceis negociações, como é normal em eventos congêneres. Não houve, porém, propriamente, imposições de parte a parte vencedoras, nem o documento se propõe violar o âmago de qualquer cultura. Como assinala o artigo 5º, depois de reafirmar a interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos: “As particularidades nacionais e regionais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais”.

Se o artigo 5º da Declaração de Viena pode soar insuficiente para militantes maximalistas e incongruente para quem não participou das negociações, ele não parece ser para a maioria dos Estados que antes rejeitavam a Declaração de 1948. Com raríssimas exceções, os governantes afro-asiáticos não têm mais recorrido ao argumento da ocidentalidade dos direitos humanos,⁶ como tampouco o fazem os governos socialistas de qualquer quadrante. Quando pressionados por alegações de violações, tais governantes procuram agora refutá-las com argumentos outros e não

5. No caso da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, os países afro-asiáticos, foram, de fato, os iniciadores. Nas demais, o grau de adesão é variável, embora tenham participado da elaboração de todas, entusiasmadamente ou a contragosto. A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, é a única que já obteve ratificação praticamente universal: faltam apenas as da Somália, país esfacelado por guerras intestinas, e dos Estados Unidos.

6. A exceção mais insistente é do Primeiro Ministro da Malásia Mahathir Mohamad, que em 1997 ainda propunha a elaboração de uma nova Declaração.

pelo apego a tradições culturais: justificam-nas pragmaticamente à luz de dificuldades internas, ou, mais construtivamente, reconhecem os problemas existentes, descrevendo os esforços empreendidos para resolvê-los⁷.

Não é mais, portanto, desde 1993, pela ótica das doutrinas jurídicas, nem da política em sentido estrito, que o conceito de direitos humanos universais vem sendo desacreditado. A linguagem de tais direitos é hoje, ao contrário, parte integrante e rotineira do discurso internacional. As ameaças mais sérias à Declaração de 1948 encontram-se em outras esferas. E são potencialmente mais nefastas, porque envoltas por iniciativas “racionalistas” no campo econômico e argumentações filosóficas “emancipatórias” bem-intencionadas.

3. A GLOBALIZAÇÃO E AS NOVAS CONFIGURAÇÕES SOCIAIS

Uma das contradições evidentes de nossa época consiste no vigor com que os direitos humanos entraram no discurso contemporâneo como contrapartida natural da globalização, enquanto a realidade se revela tão diferente. Não é necessário ser “de esquerda” para observar o quanto as tendências econômicas e as inovações tecnológicas têm custado em matéria de instabilidade, desemprego e exclusão social. Inelutável ou não, nos termos em que está posta, e independentemente dos juízos de valor que se lhe possa atribuir, a globalização dos anos 90, centrada no mercado, na informação e na tecnologia, conquanto atingindo (quase) todos os países, abarca diretamente pouco mais de um terço da população mundial. Os dois-terços restantes, em todos os continentes, dela apenas sentem, quando tanto, os reflexos negativos.

As características da globalização deste fim de século são bastante conhecidas, assim como reconhecidos seus efeitos colaterais. A busca obsessiva da eficiência faz aumentar continuamente o número dos que por ela são marginalizados, inclusive nos países desenvolvidos.⁸ Assim como a mecanização da agricultura provocou o êxodo rural, inflando as cidades e suas periferias, a racionalização atual da produção empurra os pobres ainda mais para as margens da economia, que não coincidem necessariamente com as periferias urbanas. Com a informatização crescente da indústria e dos serviços, o trabalho não-especializado torna-se supérfluo e o desemprego, estrutural. A mão-de-obra barata, ainda imprescindível na produção, é recrutada fora do espaço nacional, pelas filiais de grandes corporações instaladas no exterior, ou na acolhida –

7. Um exemplo notável desse tipo de atuação construtiva tem sido o das campanhas hoje realizadas por países africanos para a erradicação da prática “cultural” da clitoridectomia. O exemplo é tanto mais significativo quando se leva em conta que personalidades históricas da estrutura de um Jomo Kenyata e outros heróis da luta anticolonial incluíam tal tradição no ativo cultural de sua gente – assim como o fazem ainda hoje imãs “integristas” do mundo muçulmano.

8. Os próprios Estados Unidos, em fase de expansão econômica e desemprego decrescente, ostentam hoje um número de mendigos incomum nas décadas passadas, além de uma população carcerária de mais de um milhão e meio (a maior do mundo).

politicamente relutante – de estrangeiros imigrados.⁹ Nas sociedades ricas ou emergentes, o desmonte da previdência pública, alegadamente necessário à gestão estatal eficaz, transforma a exclusão em contrapartida aceitável da competitividade nacional. Nas sociedades pobres, a atração de investimentos externos é fator de vida e morte. Os atrativos não são, contudo, suficientes para garantir a permanência de capitais voláteis, que podem sair de qualquer país, do dia para a noite, em função de problemas observados em outras partes do mundo. Como paliativo aos efeitos colaterais da globalização, transfere-se à iniciativa privada e às organizações da sociedade civil a responsabilidade pela administração do social. Estas, não obstante, funcionam apenas na escala de seus meios e de seu humanitarismo. Abandona-se, assim, a concepção dos direitos econômico-sociais.

Enquanto para a sociedade de classes, da “antiga” modernidade, o proletariado precisava ser mantido com um mínimo de condições de subsistência (daí o Welfare State), para a sociedade eficientista, da globalização pós-moderna, o pobre é responsabilizado e estigmatizado pela própria pobreza. Longe de produzir sentimentos de solidariedade, é associado ideologicamente ao que há de mais visivelmente negativo nas esferas nacionais, em escala planetária: superpopulação, epidemias, destruição ambiental, vícios, tráfico de drogas, exploração do trabalho infantil, fanatismo, terrorismo, violência urbana e criminalidade.¹⁰ As classes abastadas se isolam em sistemas de segurança privada. A classe média (que hoje abarca os operários empregados), num contexto de insegurança generalizada, cobra dos legisladores penas aumentadas para o criminoso comum. Ou, sentindo os empregos e as fontes de remuneração ameaçadas, recorre a “bodes expiatórios” na intolerância contra o “diferente” nacional – religioso, racial ou étnico – ou contra o imigrante estrangeiro (às vezes simplesmente de outra região do país). Anulam-se, assim, os direitos civis.

9. Na verdade, não é apenas a indústria tradicional que se extraterritorializa em busca de mão-de-obra barata. A da informática também o faz, quando isso lhe é vantajoso, seja exportando fábricas de hardware, seja importando quadros especializados ou especializáveis. A maior batalha do Vale do Silício californiano com o Congresso norte-americano tem sido para aumentar a quota de imigração de especialistas, particularmente indianos, capazes de suprir suas necessidades a custos baixos.

10. Os estereótipos são recorrentes. A superpopulação é sempre asiática ou latino-americana. A origem da AIDS tinha que ser africana. O garimpeiro brasileiro é mais daninho ao meio-ambiente do que as indústrias e o consumo dos países superindustrializados. O negro e o asiático fumam, bebem e se drogam mais do que o branco. A responsabilidade pelo narcotráfico é a produção do Terceiro Mundo, não a demanda universal. Os pais de famílias miseráveis que põem os filhos para trabalhar ou se prostituir fazem-no, provavelmente, porque são malvados. O fanatismo religioso é particularidade de povos primitivos, fora da civilização judaico-cristã, pois os integristas protestantes, católico e israelita são, com certeza, sádios. O terrorismo é fenômeno quase sempre muçulmano, enquanto a Ku-Klux-Klan, as “milícias” norte-americanas e o neonazismo europeu são tolerados e legais. O Rio de Janeiro, com sua população favelada, é, naturalmente, a cidade mais violenta do mundo. A criminalidade comum realmente não tem estereótipos de localização privilegiada. Mas tanto nas sociedades ricas, como nas emergentes, é vista de forma reducionista como “coisa de pobres”, desconsiderando-se como irrelevante o fato de serem eles também as vítimas mais numerosas. Desconsideram-se, também, como menos ameaçadores os crimes “de colarinho branco”, não obstante o raio incomparavelmente maior de seu alcance.

O Estado, antes portador de mensagens idealmente igualitárias e emancipatórias, no socialismo e no liberalismo, além de garantidor confiável da convivência social, torna-se, pós-modernamente, simples gestor da competitividade econômica, interna e internacional. Sem sentido de progresso humano, a política, desacreditada porque ineficaz, passa a ser vista com maus olhos, pois abriga “em sua natureza” distorções deliberadas ou involuntárias, assim como a possibilidade de corrupção. A indiferença popular resultante leva ao absenteísmo eleitoral, quando legalmente factível,¹¹ ou à compreensível falta de entusiasmo, em sistemas de voto obrigatório. Perdem o valor, dessa forma, os direitos políticos, arduamente conquistado nas lutas da modernidade.

Desprovido de capacidade unificadora, tanto em decorrência de abusos na instrumentalização de “metanarrativas”, quanto pela consciência contemporânea da “capilaridade do poder”,¹² o Estado nacional, como locus moderno da realização social, perde gradativamente até mesmo a função identitária. O indivíduo, muitas vezes discriminado dentro do território nacional pela parcialidade da implementação dos direitos humanos e liberdades fundamentais, vai buscar outros tipos de “comunidade” preferenciais como âncoras de autoproteção – ou, como se diz atualmente, para sua própria autoconstrução. Sem deixar de considerar-se nacional do país de nascença, o negro dos Estados Unidos é sobretudo african american, o índio é native american, os homossexuais são gays and lesbians (alguns se identificam como membros de uma queer nation, diferenciada da “nação” heterossexual), todos, justificadamente, assertivos e reivindicatórios.¹³ A identificação primária e “guetizada” também ocorre pela ascendência hereditária cultural, como indiano, paquistanês ou árabe nas sociedades européias e norte-americana, como meridional na Itália do Norte, como muçulmano no mundo cristão, como tibetano na China.

É claro que tais identificações são positivas e plenamente condizentes com a antidiscriminação prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O problema se apresenta quando se transformam em fundamentalismos. Esses, uma vez exacerbados, levam à limpeza étnica da Bósnia, ao genocídio de Ruanda, à brutalidade

-
11. Nas eleições primárias estaduais para o Senado dos Estados Unidos, em setembro de 1998, apenas 17% do eleitorado do Estado de Nova York compareceram às urnas; 20% de Minnesota e 30% do estado de Washington, segundo dados publicados no San Francisco Examiner, edição de 17.9.1998, em matéria intitulada Primaryes find U.S. voters no more apathetic than usual (“não menos apáticos” apesar dos escândalos amorosos envolvendo o Presidente da República).
 12. Os dois temas serão retomados adiante. Por ora basta atentar para os absurdos praticados pelos Estados nacionais em nome da metanarrativa do progresso (os exemplos paroxísticos foram o nazismo e o stalinismo), assim como para a aceitação negligente – ou conivente – pelas autoridades estatais das discriminações e agressões internas, inclusive contra a mulher.
 13. Esse fenômeno é apenas incipiente no Brasil, cuja sociedade nacional, felizmente, ainda funciona como verdadeiro melting pot, apesar das aberrações históricas não-resolvidas em matéria de distribuição de renda e da persistência de preconceitos vários, mais ou menos velados.

dos “islamistas”¹⁴ argelinos, ao arcaísmo desvairado e antifeminino dos talibãs do Afeganistão. Podem, inclusive, “legitimar”, em sentido contrário, o radicalismo “WASP” nos Estados Unidos, o anti-arabismo da direita francesa, o separatismo da Lega Lombarda, a xenofobia européia, o ultranacionalismo fascistóide, o isolacionismo reacionário, o antifeminismo masculino – hoje em dia bastante controlado em quase todo o Ocidente –, o anti-homossexualismo virulento, ainda presente em quase todo o planeta.

Grande parte das lutas identitárias se deve, sem dúvida, na origem, ao princípio basilar da não-discriminação, e muitas das novas reivindicações comunitárias ainda se fundamentam an Declaração Universal de 1948.¹⁵ Talvez por essa razão, nenhum dos grandes teóricos da pós-modernidade se tenha proposto negar a importância do documento, embora seja fácil “desconstruir” seu texto.¹⁶ É inegável, porém, que a própria noção de pós-modernidade, em qualquer sentido que se lhe dê, tende a enfraquecer seus objetivos.

4. A REJEIÇÃO DO ILUMINISMO

Menos popularizada no Brasil do que a da “globalização”, mas amplamente difundida nas sociedades economicamente avançadas, a noção de uma “pós-modernidade”, complexa e utilizada para os fins mais díspares, é outra que parece haver-se implantado solidamente na época contemporânea. Desenvolvida em discussões acadêmicas e pouco verbalizada no cotidiano da cidadania, a pós-modernidade é, não obstante, detectável em práticas políticas e reivindicações atuais.

Enquanto na modernidade os embates sociais se desenrolavam em nome da comunidade nacional, da afirmação do “Homem” genérico e universal ou no contexto das lutas de classe, na pós-modernidade as batalhas da cidadania são, muitas vezes, empreendidas em nome de uma comunidade de identificação menor do que o Estado nacional e diferente da classe social.¹⁷ Os Governos, por sua vez, de todos os

14. Não confundir com os islamitas, sinônimo vernacular de muçulmano. Os islamistas, com o segundo s, na terminologia corrente, são os fundamentalistas islâmicos que se propõem conquistar o poder político, pela força ou em eleições.

15. É significativo, por exemplo, o esforço – bem sucedido – do movimento internacional de mulheres para que as Conferências de Viena e de Beijing reconhecessem os direitos específicos da mulher como parte integrante dos direitos humanos (art. 18 da Declaração de Viena e art. 14 da Declaração de Beijing).

16. Não é preciso ter, aliás, a sofisticação de um Derrida para fazê-lo. Este, por sinal, embora já tenha até esboçado uma “desconstrução”, confusa mas positiva, da Declaração de Independência dos Estados Unidos (Jacques Derrida, *Desclarations of independence*, trad. Tom Keenan & Tom Pepper, *New Political Science*, Nova York: Columbia University, Summer 1986), parece haver optado por deixar a Declaração Universal de 1948 em paz. Terá tido sobejas razões para isso.

17. Conforme já assinalado na nota 13 supra, este não é ainda, nem precisa ser no futuro, o caso do Brasil. Não é improvável, porém, que tal venha a ocorrer também na sociedade brasileira, seja por evolução autônoma, seja pela contaminação que os fenômenos do Primeiro Mundo costumam provocar em praticamente todo o planeta.

quadrantes, assemelham-se a administradores de empresas, preocupados, sobretudo, ou apenas, com a eficiência da gestão econômica – objetivo aparentemente impossível enquanto perdurar a inexistência de controle supranacional para as flutuações do capital especulativo (de montante superior ao PIB de maioria esmagadora dos países).

Tal como o Poder “capilar” na interpretação de Foucault, a pós-modernidade é algo que não se auto-anuncia, nem se personifica, e de que ninguém propriamente se investe: ambos simplesmente se exercem, de maneira assumida ou sub-reptícia. Para entendê-la, na acepção aqui utilizada, basta compará-la, em linhas muito gerais, à modernidade, que ela se propõe superar.

Impulsionada pelo Iluminismo europeu, que atingiu seu ápice no pensamento de Kant, a modernidade clássica se propunha racional, secular, democrática e universalista. A Razão era atributo da natureza humana. Ela emanciparia o Homem da subjugação política e social a que ele se auto-submetia pelo desconhecimento da Verdade.¹⁸ As sociedades, na medida em que rejeitassem seu substrato religioso, derrubariam o absolutismo despótico e alcançariam, com o Direito, o progresso e a liberdade. O Homem era, pois sujeito da História. E os direitos humanos, conforme definidos por Locke – para a Revolução Americana – e com aportes de Rousseau – para a Revolução Francesa – eram, e são ainda, instrumentos importantíssimos para a consecução da liberdade, da igualdade e da fraternidade, herdados do “Século das Luzes”.

As qualificações dessa trajetória humanista fulgurante começaram cedo, dentro do próprio Iluminismo, com Hegel, Herder e muitos outros pensadores. Para Marx, no século passado (e grande parte do século presente), o Homem fazia sua História, mas não em circunstâncias por ele próprio escolhidas.¹⁹ Marx foi o primeiro a recorrer claramente à noção de estrutura – econômica – como fator limitativo da liberdade humana (a ser conquistada pela Revolução). Fê-lo, porém, dentro da lógica do racionalismo universalista – no caso, materialista – de que foi herdeiro assumido e propulsor. Já Nietzsche, pela ótica da cultura, com recurso à genealogia da moral e a análises epistemológicas diversas, abriu o caminho para o pós-modernismo filosófico, desmontando, de maneira assistemática mas firme, o racionalismo iluminista e a ética (alegadamente mesquinha e ilusória) que este disseminava.

Enquanto tais desenvolvimentos de longo curso ocorriam mais sensivelmente no pensamento social, Freud, na passagem do Século XIX para o atual, demonstrou, com o estudo do inconsciente, que o Homem não era uno nem autônomo, modificando

18. Daí a máxima kantiana: “Sapere aude! Tem coragem de te servires de teu próprio entendimento!” (Agapito Maestre, ed. e trad., *Qué es ilustración?*, Madri: Tecnos, 1988, p. 17).

19. A frase, célebre, é do texto “O Dezoito Brumário de Louis Bonaparte” (David McLellan, ed., Karl Marx, *Selected Writing*, Nova York: Oxford University Press, 1977, p. 300).

substantivamente a compreensão da personalidade individual. Saussure, por sua vez, ao estudar a lingüística, identificou as relações de signos e estruturas de linguagem que condicionam o conhecimento. Lançavam-se, assim, as bases para a “desconstrução do sujeito”.

Não é preciso fazer inventário das contribuições dos diversos teóricos influentes – estruturalistas, modernos e pós-modernos – para se chegar a um entendimento elementar da noção de pós-modernidade que hoje se faz presente nas práticas sociais. Nem tampouco relacionar todas as formas históricas de instrumentalização e manipulação distorcidas da racionalidade iluminista, particularmente em nosso século, para se compreender seu questionamento. Vale a pena, sim, recordar que Jean-François Lyotard, em 1979, deu ao termo “pós-modernidade” sua aplicação mais corrente, ao diagnosticar o fim das Grandes Narrativas – da Razão, da Emancipação e do Progresso humanos – como meios necessários de legitimação do conhecimento, passando este a ter objetivos meramente “performáticos”, dentro de uma realidade sistêmica.²⁰ Por menos agradável que o seja, a observação das características atuais da globalização tende a confirmar esse diagnóstico.

Uma vez aceito o entendimento, hoje em dia generalizado, de que o homem e a mulher, em sua realidade mental e corpórea, são seres construídos dentro da cultura – ou, no dizer de Foucault, da episteme – em que vivem, não tendo uma natureza universal, e de que o conhecimento é inelutavelmente determinado pelas estruturas (econômicas, sociais, culturais e lingüísticas), nenhuma das quais é comum a todos os indivíduos, a verdade se relativiza. A Razão do Iluminismo é, assim, substituída, no máximo, por “razões” específicas. O poder, sendo mais do que o atributo da política e tendo uma microfísica que o distribui em práticas disciplinares rotineiras, não é e não pode ser exercido com finalidade emancipatória. Sem Grandes Narrativas, explicativas ou justificatórias, a História também deixa de existir como totalidade, com sentido de progresso, sendo substituída por “histórias” localizadas.

O ser humano “desconstruído” pela psicanálise, pela lingüística e pela etnologia – as três “contraciências” apontadas por Foucault –, pelos diferentes jogos de linguagem e “micronarrativas” simultâneas – identificados por Lyotard –, pelos “textos” em que se insere, dentro de uma intertextualidade sem fim – na interpretação de Derrida – não pode ipso facto ser sujeito. Para se autoconstituir como indivíduo, necessita recorrer a identidades várias. A identificação vai privilegiar a “comunidade”, real ou imaginária, imposta ou selecionada, como espaço de realização. Este não corresponde ao Estado nacional, outra herança ideológica do Iluminismo, com seu poder/saber disciplinador, nem às classes sociais do marxismo, modificadas na

20. Jean-François Lyotard, *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Paris: Les Editions de Minuit, 1979, p. 7-11. A expressão empregada por Lyotard é “metadiscurso”, generalizadamente interpretada como as “grandes narrativas” totalizantes.

composição ou seduzidas pelo capitalismo “de consumo”. Mas se, por um lado, a comunidade nacional é atualmente inconsistente, a classe social um elemento fluido e as comunidades transnacionais específicas simplesmente embrionárias, por outro lado uma comunidade internacional abrangente, além de utópica, estaria em contradição com os particularismos de cada um. O local se sobrepõe, assim, ao geral, e os interesses se particularizam.

Na pós-modernidade, o eterno passa a ser contingente; o universal, ilusório e a metafísica, uma invenção sem sentido. Esboroa-se, portanto, a idéia de fundamentos para a política, o Direito e a ética. Tudo passa a ser relativo, localizado e efêmero. É nessa situação que se desenvolvem – ou se esmaecem – os confrontos político-sociais, tendo por pano-de-fundo uma tecnologia “performática”, um conhecimento elusivo e uma globalização excludente.

Como justificar, nessas condições, a atualidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos, erigida sobre fundamentos iluministas, racionais e humanistas, num somatório (desequilibrado) de insumos das correntes liberal e socialista da modernidade? Como defender a idéia de “direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade e da paz no mundo”? Como insistir na afirmação de que “todas as pessoas são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras em espírito de fraternidade”? Como universalizar tais direitos, construídos historicamente na tradição ocidental, sem conferir-lhes feições imperialistas? Tais perguntas, atualíssimas, não comportam respostas fáceis. Já ocasionaram inúmeros estudos, nenhum dos quais definitivo.²¹ O que se procurará em seguida é fazer um breve esboço, superficial e apenas ilustrativo, das conciliações tentadas, para sugerir um curso de ação mais intuitivo do que “científico”, mais pragmático do que “fundamentado”. E, por isso mesmo, talvez, rotulável até de “pós-moderno”.

5. CONCILIAÇÕES POSSÍVEIS

Nos dias de hoje, embora a maior parte das rejeições categóricas à Declaração Universal dos Direitos Humanos ainda parta de líderes políticos nacionais – em contradição com o texto da Declaração de Viena por eles próprios subscrita em 1993 – com o claro objetivo de justificar violações deliberadas em ações governamentais, o anti-universalismo vigente no pensamento social contemporâneo também põe, muitas vezes, em questão, a validade desse documento. E o faz com objetivos alegadamente emancipatórios, ciente ou inconciente de que o particularismo “de esquerda” acaba fortalecendo a brutalidade antidemocrática da direita mais reacionária. Radicalizações

21. Coletâneas significativas podem ser encontradas, por exemplo, em dois volumes de palestras e estudos organizados pela Anistia Internacional e publicados em Nova York pela Basic Books, em 1993: (a) Barbara Johnson, ed, *Freedom and interpretation: the Oxford Amnesty Lectures 1992*; (b) Stephen Shute & Susan Hartley, ed, *On Human Rights: the Oxford Amnesty Lectures 1993*.

desse tipo de atitude supostamente libertária podem ser vistos seja entre etnólogos ocidentais demasiado apaixonados pelas culturas não-européias estudadas,²² seja entre ativistas sociais “de base” que rejeitam o Estado nacional pelos malefícios provocados junto a populações “colonizadas” em nome da cidadania moderna,²³ seja entre militantes maximalistas de movimentos identitários que, na busca de aperfeiçoamentos legítimos para a Declaração de 1948, naturalmente imperfeita, involuntariamente abrem o caminho para sua destruição.²⁴

Mais prudentes e mais construtivas têm sido as variadas tentativas de compatibilização entre o particularismo das culturas diversas e o que há de efetivamente universal na idéia dos direitos fundamentais. Essa tarefa intelectual é complexa, na medida em que a própria noção de direitos, assim como a de indivíduo, é oriunda do Ocidente. As culturas não-ocidentais, como é sabido, sempre acentuaram os deveres, privilegiando o coletivo sobre o pessoal, fosse em prol da “harmonia” social, fosse em defesa da ordem e da autoridade, religiosa ou secular, não importando sua arbitrariedade ou o grau de sofrimento exigido na vida de cada um.

-
22. Na Subcomissão das Nações Unidas para a Prevenção da Discriminação e Proteção às Minorias, em 1996, quando da consideração do anteprojeto de Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas a ser encaminhado à Comissão dos Direitos Humanos, chamei a atenção dos colegas redatores do texto para a falta de atenção para com os direitos das mulheres indígenas, frequentemente massacradas ou maltratadas pelas tradições tribais. Minha observação, provocada por chamamento que me fizeram indígenas centro-americanas presentes à reunião, caiu em ouvidos moucos. De um colega latino-americano escutei a afirmação de que as culturas autóctones têm que ser preservadas em sua integralidade, inclusive quando praticam o infanticídio. Esse mesmo “perito” da Subcomissão não hesitava, porém, em patrocinar resoluções condenando países muçulmanos pela discriminação contra as mulheres, o Irã pela perseguição aos bahais, a Argélia pelas brutalidades do Governo e dos fundamentalistas ou a Turquia por excessos no combate à insurgência curda.
23. É o caso, entre outros, de Gustavo Esteva e Madhu Suri Prakash (*Grassroots post-modernism: remaking the soil of cultures*, Londres e Nova York: Zed Books, 1998), que rejeitam o Estado nacional como um todo e os direitos humanos como “cavalo de Tróia da recolonização”, em defesa de culturas tradicionais do Terceiro Mundo, como única esperança contra o “Projeto Global” de dominação do mundo pelo Ocidente capitalista. Em seu afã anti-imperialista, criticam até mesmo os direitos econômicos e sociais (no que se identificam às posturas do liberalismo ocidental mais radical) e justificam, quando tradição autóctone, a prática da tortura.
24. O caderno Mais! da Folha de São Paulo trouxe, na edição de 23.8.1998, matéria de Marcos Nobre, sob o título “Mulheres revêem direitos da humanidade”, na qual se reproduz entrevista com a militante italiana Gabriella Bonachi, assim como trechos de anteprojeto “pós-moderno” de uma nova Declaração Universal dos Direitos Humanos. O texto é muito bem redigido e foi apresentado à Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas como uma contribuição às comemorações do cinquentenário da Declaração Universal (Documento E/CN. 4/1998/3). Temo, porém, que possa ser confundido com uma proposta de reforma da Declaração de 1948. Ou manipulado pelos defensores dos chamados “valores asiáticos” como “mais uma evidência” de que a Declaração Universal precisa ser refeita. Depois da verdadeira “batalha” havida na Conferência de Beijing, em 1995, para o reconhecimento dos direitos das mulheres como parte integrante dos direitos humanos universais, nesta época de fundamentalismos exacerbados, qualquer renegociação da Declaração de 1948 pode representar o fim da base legal do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da luta planetária pelos direitos fundamentais de todos os seres humanos, e das mulheres em particular.

As tentativas de conciliação entre os direitos humanos e as tradições “pré-modernas” têm sido desenvolvida há tempos, por pensadores de todos os continentes, propondo-se soluções variadas: assimilação dos direitos individuais aos ensinamentos cristãos sobre a dignidade e a fraternidade humanas; interpretação atualizada e reforma da sharia islâmica; incorporação dos direitos humanos no dharma da tradição hindu; adoção de uma “hermenêutica diatópica”, que, através do auto-reconhecimento da incompletude de toda e qualquer cultura, preencha reciprocamente as lacunas encontradas em cada uma com complementos alheios (proposta por Boaventura de Sousa Santos²⁵); ação intercultural comunicativa em busca de consensos éticos (conforme a teoria de Habermas) e uma infinidade de outras idéias centradas no multiculturalismo.

A aceitação do multiculturalismo, como contrapartida à rejeição do humanismo universalista, é, aliás, senão o “fundamento”, o objetivo essencial do pensamento pós-moderno. Este, como se sabe, deve-se em grande parte à autocritica da cultura ocidental feita por alguns de seus filhos mais lúcidos, conhecidos como pós-estruturalistas, todos impulsionados, em princípio, por aquilo que Foucault identificava como sua própria “impaciência pela liberdade”.²⁶ O problema com esse processo de auto-esclarecimento crítico, em continuidade com a ilustração emancipatória dos Séculos XVIII e XIX, é que o afã denunciador das distorções do racionalismo ocidental terminou por desacreditar o Iluminismo como um todo, os fundamentos igualitários do humanismo universalista, assim como o sentido de progresso que inspirava as lutas políticas e sociais da Idade Moderna, no Ocidente como no Oriente, no Norte como no Sul.²⁷

Cientes do desafio que suas análises “superadoras” do Iluminismo clássico representam para a prática política e intuitivamente conscientes da força liberadora da luta pelos direitos humanos, os pós-estruturalistas conseqüentes, “pais” quase sempre relutantes da pós-modernidade teórica, esforçam-se por demonstrar, com maior ou menor vigor, o caráter não-niilista de suas interpretações. Procuram apontar saídas para as camisas de força por eles identificadas nas metanarrativas do Iluminismo e para os impasses a que levam suas críticas arrasadoras. Tentam, assim, conciliar o fim do universalismo, por eles incriminado, com a idéia de justiça, a irredutibilidade particularista das estruturas de consciência com a noção de direitos humanos, a

25. Uma concepção multicultural de direitos humanos. Lua Nova, São Paulo, CEDEC, n. 39, p. 115-122, 1997.

26. Michel Foucault, What is Enlightenment? Trad. Catherine Porter. In: Paul Rabinow, ed. The Foucault Reader. New York: Pantheon Books, 1984. p. 50.

27. Daí o rótulo de neoconservadores que os pós-estruturalistas receberam de Habermas, a rejeição de suas idéias pela esquerda tradicional, também sem dúvida, o entusiasmo com que elas foram acolhidas nos meios acadêmicos defensores do status quo. O que não invalida, por outro lado, a contribuição que trouxeram às lutas identitárias contemporâneas das minorias oprimidas e a uma compreensão desmistificada da própria modernidade.

capilaridade do poder/saber com a luta pela identidade autônoma, a aceitação do contingente como meio para a obtenção de progresso, a substituição das Grandes Narrativas por microdiscursos capazes de levar à liberdade autêntica. Para Derrida, por exemplo, “inventor” da desconstrução dos textos iluministas (e da afirmação de que tudo é “texto”), “nada parece menos obsoleto do que o ideal clássico emancipatório” (sic).²⁸ A justiça, “se alguma coisa desse tipo existe, fora e além do direito, não é desconstrutível”. O Direito, sim, pode e deve ser desconstruído, pois “a desconstrução é a justiça”²⁹. A Justiça não é porém uma categoria universal, e sim uma construção das diversas culturas. Na mesma direção, Lyotard afirma a importância das micronarrativas, no lugar do “metadiscorso” universalizante da Justiça, como única maneira de se evitar a imposição “terrorista” de um jogo de linguagem majoritário sobre a voz das minorias oprimidas.³⁰ O fundamental é sempre respeitar “o outro”, e “a comunidade nele presente como capacidade e promessa”.³¹ Mais diretamente incidentes sobre a noção de Justiça, além de mais eficazes na realidade social, as análises de Foucault, movidas por sua ânsia liberatória, sobre a capilaridade do poder com sua microfísica disciplinar e sobre o caráter repressivo do Direito e do Estado modernos oferecem, sem dúvida, respaldos importantes para a constituição das novas “comunidades” infra e transnacionais antes referidas, assim como para a afirmação de direitos identitários – ou do “direito à diferença” – como contrapartida assertiva às discriminações sofridas.

Outros teóricos autodeclarados pós-modernos têm, não obstante, entendimento distinto de toda essa evolução. Conforme explicita Terry Eagleton (sem com isso necessariamente concordar), a própria expressão “direitos humanos” causa embaraço duplo, com cada uma das duas palavras, ambas pertencentes a um horizonte superado de “humanismo metafísico, estrategicamente utilizável, mas ontologicamente sem fundamento”.³² Talvez um pouco por isso, por concordar com a crítica de Derrida ao logocentrismo masculino – ou “falocentrismo” – do Iluminismo ocidental, o americaníssimo Richard Rorty propõe pragmaticamente uma abordagem por ele denominada “feminina”, afetiva e não-racionalista, à educação para os direitos humanos. Segundo Rorty, na medida em que nenhuma pessoa imune aos ensinamentos kantianos se reconhece apenas como ser humano, de valor igual ao do diferente, e sim como integrante de um grupo melhor do que os outros, ao invés de se apelar para

28. Jacques Derrida, Force de loi: le fondement mystique de l'autorité. In: Deconstruction and the possibility of justice. Cardozo Law Review, v. 11, n. 5-6, jul./ago. 1990. p. 972.

29. Id., *ibid.*, p. 944.

30. Para uma análise pormenorizada dos possíveis efeitos do pensamento de Derrida, Lyotard, Foucault, Nietzsche e Rorty na aplicação do Direito. (v. Douglas E. Litowitz, Postmodern Philosophy & Law, University Press of Kansas, 1997).

31. Jean-François Lyotard, The Other's Rights, trad. Chris Miller & Robert Smith, On human rights: the Oxford Amnesty Lectures 1993 (v. nota 21 supra).

32. Deconstruction and human rights. In: Freedom and interpretation: the Oxford Amnesty Lectures 1992 (v. nota 21 supra), p. 122.

fundamentos humanistas na persuasão contra as discriminações, mais útil é apelar-se para os sentimentos individuais: devo tratar bem o estrangeiro, não por ser ele moralmente igual a mim, mas porque ele ou ela está longe de sua gente, porque sua mãe está sofrendo ou porque pode um dia vir a tornar-se meu genro ou minha nora.³³

Dessas tentativas teóricas – assim como de outras congêneres – é difícil extrair justificativas concretas para a atualidade da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O pragmatismo de Rorty pode ser eficaz em certas situações específicas, mas aniquila a noção de direitos. Se o pragmatismo é importante para que os direitos humanos deixem de ser somente uma utopia, outras possibilidades igualmente pragmáticas existem. E vêm, há muito, sendo tentadas, com resultados visíveis.

6. OS DIREITOS HUMANOS COMO VALORES TRANSCULTURAIS

Muito antes da emergência das teorias pós-estruturalistas e pós-modernas, a doutrina jusnaturalista, com a postulação de “direitos naturais”, já havia perdido sua antiga preeminência. Os direitos, todos, no Direito Interno e no Direito Internacional, são reconhecidos, há décadas, como conquistas históricas, que extrapolam fundamentações metafísicas, religiosas ou seculares, e se adaptam às necessidades dos tempos. Por isso, e somente no sentido de uma progressão temporal não-valorativa, é possível falar-se nas diferentes gerações de direitos humanos, em que os direitos econômicos e sociais, de segunda geração, consagrados na doutrina jurídica posteriormente aos direitos “lockeanos”, mas devidamente incluídos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, igualam-se em importância aos direitos civis e políticos, de primeira geração.³⁴ Sem perder de vista essa conhecida evolução doutrinária do Direito e tendo-se em conta as transformações históricas ocorridas no mundo desde 1948, o fato de que a Declaração proclamada como Universal pelas Nações Unidas tenha resistido incólume, por meio século, com adesão crescente até agora, é algo a ser seriamente considerado.

Como já assinalava Bobbio em 1964: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não-filosófico, mas político”.³⁵ Não há dúvida de que Bobbio tinha

33. Human rights, rationality and sentimentality. In: On human rights: the Oxford Amnesty Lectures 1993 (v. nota 21 supra), p. 111-134.

34. Os direitos de terceira geração, ou direitos de solidariedade (como o direito à autodeterminação e o direito ao desenvolvimento), podem ser encarados como complementação explicativa do campo de aplicação das duas primeiras, já que não alteram em nada a substância dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

35. Norberto Bobbio, A era dos direitos, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24. A versão original do ensaio “Sobre o fundamento dos direitos humanos” foi apresentada em simpósio italiano realizado em 1964. A terminologia (seja italiana em geral, seja de Bobbio em particular, ou de seu tradutor para o português) “direitos do homem” acha-se defasada em relação à expressão hoje em dia consagrada nos documentos da ONU (human rights, derechos humanos), com exceção dos “droits de l’homme” ainda mantidos nas versões em francês.

razão ao fazer tal afirmação. Afinal, são os políticos que decidem, motu proprio ou sob pressão, promover – ou não – o respeito pelos direitos humanos. O problema que se colocou com a modernidade é que os argumentos dos filósofos, longe de justificar os direitos fundamentais consagrados na Declaração, podem representar, nas mãos de líderes políticos e religiosos a eles contrários, instrumentos legitimantes para sua rejeição. Se os direitos são uma invenção intransferível da cultura ocidental, ela própria injusta e apenas dissimuladamente libertária, como se pode coerentemente impedir os talibãs de enclausurarem as mulheres afegãs? Como exigir dos aiatolás iranianos que aceitem a comunidade bahai, proscria em sua Constituição? Como exigir a revogação da fatwa de execução contra o escritor Salman Rushdie, se uma fatwa religiosa é irrevogável por definição?³⁶ Como promover a liberdade de crença e de expressão se a sharia islâmica fundamentalista prevê, até mesmo, a crucificação de apóstatas? Como condenar a repressão aos dissidentes chineses e norte-coreanos, quando o confucionismo, muito mais do que qualquer tipo de “socialismo”, impõe como valor crucial a obediência à autoridade? A resposta não necessita ser metafísica, nem necessariamente “imperialista”. Ela pode ser histórica e condizente com o Direito Internacional.

A persistência da Declaração Universal ao longo de cinquenta anos comprova de per si que, independentemente de suas origens, os valores positivos de uma cultura podem, sim, ser transferidos de boa-fé, sem violação dos cânones essenciais de cada civilização (os valores negativos, como “as histórias” demonstram, são assimilados com enorme facilidade). A maioria esmagadora dos países que acederam à independência após a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos não teve dificuldades para aceitar seus dispositivos, incorporando-os, inclusive, na legislação doméstica. Não o fizeram por imposição imperialista. Fizeram-no porque reconheciam a importância da Declaração Universal na luta anticolonialista. Fizeram-no porque queriam alcançar não somente a autonomia política, mas também a modernidade. A observância efetiva dos direitos humanos nas políticas e práticas desses e de todos os demais Estados é uma outra questão.

A justa valorização do dharma hinduísta por Gandhi não impediu seus seguidores de adotarem na Índia independente o sistema democrático, de abolirem legalmente as castas e de estimularem o conceito dos direitos humanos. Com exceção da Arábia Saudita, praticamente todos os países muçulmanos adotaram, no passado recente, sem maiores problemas, códigos penais e civis não-estritamente vinculados à sharia

36. O aceno ao Ocidente feito pelo Presidente Khatami sobre a matéria em setembro de 1998, por ocasião de abertura da Assembléia Geral da ONU, e que levou ao restabelecimento de relações entre a Grã-Bretanha e o Irã, dizia apenas que o Governo não iria executá-la. Não houve revogação da sentença “sagrada” de morte, determinada por aiatolá falecido, irrevogável e passível de execução por qualquer fiel, como logo esclareceram os doutores da ortodoxia xiita.

– corpo doutrinário de regras oriundo de interpretações corânicas dos primeiros séculos do Islã, mas não procedente de Maomé. A reinstauração obsessiva da sharia “sagrada” como código legal – com a inferiorização jurídica da mulher e os castigos corporais contrários, em princípio, ao artigo 5º da Declaração – é fenômeno recente, estimulado pela revolução iraniana de 1979 e acelerado na década presente com o fortalecimento dos movimentos fundamentalistas. Mas estes não são exclusividade das culturas muçulmanas. Podem ser detectados, nas esferas religiosas e profanas, em praticamente todo o mundo, inclusive nas sociedades ocidentais desenvolvidas. Mas do que um acidente de percurso, uma regressão incidental à pré-modernidade arcaica, eles representam uma compensação ideológica “pós-moderna” para o fim dos metadiscursos seculares e para o fundamentalismo econômico do culto do mercado.

Ademais de inspirar, ainda, a maioria das legislações domésticas e as lutas reivindicatórias de todos os oprimidos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos serve de base a um expressivo corpus de tratados e mecanismos internacionais a que os Estados aderem volitivamente. Na medida em que se impõe por opção voluntária das diferentes culturas, nada tem ela de efetivamente “imperialista”. Como observa o Embaixador Gilberto Sabóia, que coordenou as negociações da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993: “O consenso obtido em Viena, em toda a sua fragilidade, torna possível esperar a superação das resistências e a afirmação da realizabilidade dos direitos humanos”.³⁷

Enquanto os direitos humanos se apresentam hoje, após a Conferência de Viena, “universalizados” pelo consenso de todos os Estados, eles se afiguram ainda mais como valores transculturais atualíssimos ao se observar o procedimento, nacional e internacional, das ONGs a eles dedicadas. É com base na Declaração Universal de 1948 e nos tratados e declarações por ela propiciados que todas essas organizações privadas das mais diversas origens – fenômeno também planetário do mundo contemporâneo – procuram promover seus objetivos públicos, na área dos direitos individuais dentro de cada Estado, ou na defesa dos direitos coletivos de grupos específicos.

Se, conforme ensina Foucault, o Direito foi inventado como uma forma de legitimação do poder estatal na “Idade Clássica”, deixariam os direitos humanos de ser uma afirmação do indivíduo contra esse mesmo poder? Talvez sim, talvez não, dentro do contexto da Revolução Francesa, em sua fase napoleônica. Mas não numa época como a nossa, em que tais direitos são reconhecidos internacionalmente e se

37. Gilberto Sabóia, O Brasil e o sistema internacional dos direitos humanos. In: Textos do Brasil, Edição Especial, v. 2, n. 6, Brasília, Palácio Itamaraty, maio/agosto, 1998.

tornam passíveis de cobranças internas e interestatais, limitando significativamente o arbítrio do poder constituído. Mas ainda, com as interpretações a eles conferidas pelas Declarações de Viena de 1993 e de Beijing de 1995, deixariam de ser dirigidos apenas contra o Estado. Ao proteger mais claramente os direitos da mulher, das crianças, dos indígenas e das minorias oprimidas dentro das sociedades nacionais, os direitos humanos tornaram-se também instrumentos contra a “capilaridade do poder”, exercido por agentes não-estatais. E cabe não somente ao Estado, mas à sociedade como um todo, a obrigação de evitar a violação difusa desses direitos específicos.

Se, conforme Derrida, a Justiça é uma referência indefinida para a aplicação do Direito e uma aporia que se impõe mas não pode ser legalmente prescrita na forma de direitos e deveres,³⁸ a Declaração de 1948, com seu formato de manifesto, pode, ao menos, oferecer algum tipo de baliza. Afinal, nela se banham, atualmente, em maior ou menor grau, praticamente todas as civilizações. Da mesma forma, tendo em conta as preocupações de Lyotard, a Declaração pode ser vista, desde sua “universalização” pela Conferência de Viena e pelo recurso que a ela fazem as minorias “sem voz”, como um instrumento aceitável de convergência de todas as micronarrativas e jogos de linguagem.

Até mesmo, portanto, para os pós-estruturalistas convictos ou pós-modernos exigentes, a Declaração Universal dos Direitos Humanos abre caminhos inestimáveis. Na mesma medida em que o pós-estruturalismo se propõe emancipatório, o multiculturalismo que ele justificadamente endossa não pode ser indiferente às opressões de culturas extra-ocidentais. Nem pode a pós-modernidade, como continuação ou superação do racionalismo humanista, tornar-se fundamentalista, aceitando como inelutáveis as crueldades aberrantes de qualquer comunidade, ou do integrista eficientista do mercado globalizado.

A cinquentenária Declaração Universal dos Direitos Humanos não é uma fórmula mágica, nem um decálogo sacrossanto. Seu preâmbulo e seu artigo 1º soam hoje, em dúvida, demasiado metafísicos. Segundo os ensinamentos dominantes no pensamento contemporâneo, as pessoas não nascem “livres e iguais” em nenhuma parte do planeta, nem compõem propriamente uma “família humana”. A realidade demonstra também que os direitos nela entronizados não são consistentemente respeitados em nenhuma comunidade, nacional ou eletiva, real ou imaginária. Mas o Direito é, afinal, um discurso normativo que apenas aspira a conformar a realidade. Dada a força persuasiva e liberatória que ela tem demonstrado, ao longo de cinco décadas, para indivíduos e coletividades, a Declaração de 1948 precisa ser mantida como está. Rediscuti-la seria abrir uma caixa de Pandora, em momento propício para todos os demônios.

38. Jacques Derrida, op. cit., p. 919-1.034.

Sem manipulações esdrúxulas, a Declaração dos Direitos Humanos precisa, sim, ser fortalecida, como o foi nas grandes conferências desta década, de Viena (sobre direitos humanos), Cairo (sobre população), Copenhague (sobre desenvolvimento social), Beijing (sobre a mulher) e Istambul (sobre assentamentos humanos),³⁹ naquilo que ela procura ser: um mínimo denominador comum para um universo cultural variado, um parâmetro bem preciso para o comportamento de todos, um critério de progresso para as contingências desiguais de um modo reconhecidamente injusto, um instrumento para a consecução dos demais objetivos societários sem que estes desconsiderem a dimensão humana.

Apesar de seu tamanho limitado, A Declaração Universal dos Direitos Humanos é, ainda, e deve permanecer, uma Grande Narrativa. Na condição pós-moderna deste final de milênio, ela parece ser a única que resta.

39. Sobre o assunto, v. J. A. Lindgren Alves, A agenda social da ONU contra a desrazão pós-moderna, Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, ANPOCS, v. 2, n. 30, fevereiro de 1996, e The Nations, Postmodernity and Human Rights, University of San Francisco Law Review v. 32, n. 3, Spring 1998.

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Flávia Piovesan*

Sumário: 1. Breves delineamentos do perfil da Constituição brasileira de 1988. 2. A Constituição brasileira de 1988 e a Proteção dos Direitos Humanos. 3. As reformas da Constituição e a ameaça ao constitucionalismo de direitos.

* Procuradora do Estado de São Paulo, Coordenadora do Grupo de Trabalho de Direitos Humanos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo e Professora Doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

1. BREVES DELINEAMENTOS DO PERFIL DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Objetiva este artigo enfocar a proteção dos direitos humanos à luz da Constituição Brasileira de 1988, bem como o impacto das reformas constitucionais, no que tange ao constitucionalismo de direitos por ela introduzido.

Para tanto, preliminarmente será desvendado o perfil da Constituição de 1988, considerando seus precedentes históricos, seu significado político e sua racionalidade jurídica. Apresentada a moldura constitucional de 1988, caberá ao próximo tópico deste estudo avaliar o modo pelo qual consagra a proteção dos direitos fundamentais.

Nas palavras de Joel Bakan e David Schneiderman: “A Constituição é mais que um documento legal. É um documento com intenso significado simbólico e ideológico – refletindo tanto o que nós somos enquanto sociedade, como o que nós queremos ser.”¹ É com essa perspectiva que há de se compreender a Carta de 1988.

A Constituição de 1988 demarca, no âmbito jurídico, o processo de democratização do Estado brasileiro, ao consolidar a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964. O regime militar foi caracterizado pela supressão de direitos constitucionais, pela hipertrofia do Poder Executivo em relação aos demais Poderes e pelo centralismo federativo na União, em detrimento da autonomia dos Estados. As Forças Armadas passaram a exercer controle direto das principais funções governamentais, consolidando a fusão entre os militares e o poder.²

1. Jackman, Constitutional rhetoric and social justice: reflections on the justiciability debate, In: Joel Bakan & David Schneiderman eds., Social justice and the Constitution: perspectives on a Social Union for Canada, Canada: Carleton University Press, 1992.

2. A respeito da organização institucional do regime repressivo militar na experiência brasileira, escreve Luciano Martins: “O regime militar revogou direitos constitucionais, civis e políticos; suprimiu ou censurou canais de representação de interesses; e estabeleceu uma ditadura do poder Executivo sobre outros poderes da República (Legislativo e Judiciário) e da Federação (Estados). Isto foi alcançado fundamentalmente através do Ato Institucional n. 5 (1968) e seus sucessores. Pela primeira vez, desde a proclamação da República (1889), as Forças Armadas, agindo como instituição, tomaram controle direto das principais funções governamentais; houve uma parcial abolição das práticas corporativas, mediante a introdução de atores não burocráticos que obtiveram o controle no processo de decisão; houve ainda a criação de um extensivo aparato de inteligência para efetuar o controle ideológico (...). A tomada do Governo pelos militares, como instituição, acrescida do fato de um general-Presidente receber seu mandato das Forças Armadas, perante a qual era responsável, consolidaram a noção de uma fusão entre os militares e o poder.” (The liberalization of authoritarian rule in Brazil. In: Guillermo O'Donnell & Philippe C. Schmitter e Laurence Whitehead. Transitions from authoritarian rule: Latin America. Baltimore: The John Hopkins University Press, 1986. p. 77).

Após o longo período de vinte e um anos de autoritarismo militar, que perdurou de 1964 a 1985 no país, deflagra-se o processo de democratização no Brasil³. Ainda que esse processo tenha se iniciado, originariamente, pela liberalização política do próprio regime autoritário – em face de dificuldades em solucionar problemas internos⁴ –, as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas.

A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sob as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social⁵. Esse processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional. Nascia assim a Constituição de outubro de 1988.

3. Adota-se a classificação de Guillermo O'Donnell, quando afirma: "É útil conceber o processo de democratização como processo que implica em duas transições. A primeira é a transição do regime autoritário anterior para a instalação de um Governo democrático. A segunda transição é deste Governo para a consolidação democrática ou, em outras palavras, para a efetiva vigência do regime democrático." (Transitions, continuities, and paradoxes. In: Scott Mainwaring & Guillermo O'Donnell e J. Samuel Valenzuela (org.), Issues in democratic consolidation: the new South American democracies in comparative perspective, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1992, p.18). Nesse sentido, sustenta-se que, embora a primeira etapa do processo de democratização já tenha sido alcançada – a transição do regime autoritário para a instalação de um regime democrático –, a segunda etapa do processo de democratização, ou seja, a efetiva consolidação do regime democrático, ainda está se concretizando.
4. Cf. Frances Hagopian: "Os líderes do antigo regime consentiram na abertura política antes dela ser demandada pela sociedade civil; como Alfred Stepan tem convictamente afirmado, nenhuma atividade de oposição foi responsável pela iniciativa de liberalização do regime militar. Importantes atores sociais, como operários, trabalhadores, e Igreja Católica, fizeram protestos contra a política do regime, acelerando o processo de queda dos militares; entretanto, os passos e o escopo da transição para um Governo civil foram ditados pela elite, incluindo a eleição indireta de um Presidente civil." (The compromised consolidation: the political class in the brazilian transition. In: Scott Mainwaring & Guillermo O'Donnell e J. Samuel Valenzuela (org.), Issues in Democratic Consolidation: the new South American democracies in comparative perspective, Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1992, p. 245). No mesmo sentido, pondera Luciano Martins: "A tese básica deste Capítulo é que o processo de "liberalização" se originou inicialmente em virtude das dificuldades do regime militar em solucionar problemas de economia interna, não se originando, portanto, de qualquer mudança significativa na correlação de forças entre os protagonistas do regime e seus oponentes – embora a oposição tenha em muito se beneficiado, posteriormente, do espaço político aberto pelo processo de liberalização. Estas dificuldades internas do regime explicam porque o processo de liberalização apresentou um padrão de movimentos contraditórios, de frentes simultâneas, e porque toda concessão do regime ou conquista da oposição foi imediatamente qualificada, no seu significado político, como imposição de alternativas ao controle militar. E isto explica porque o regime militar deteve tanto a iniciativa, como o controle do processo de liberalização por tanto tempo." (op. cit., p. 82-83).
5. Sobre o processo de democratização, observa José Afonso da Silva: "A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado de Direito Democrático começara assim que instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição de Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social." (Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 78-79).

A Carta de 1988 pode ser concebida como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. Introduz indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil. Como atenta José Afonso da Silva: “É a Constituição cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania.”⁶

Ao alargar consideravelmente o universo dos direitos fundamentais, a Carta de 1988 destaca-se como uma das Constituições mais avançadas do mundo, no que respeita à matéria.

Desde seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...)”. Se no entender de José Joaquim Gomes Canotilho, a juridicidade, a constitucionalidade e os direitos fundamentais são as três dimensões fundamentais do princípio do Estado de Direito⁷, perceber-se-á que o texto consagra amplamente essas dimensões, ao afirmar, em seus primeiros artigos (arts. 1º e 3º), princípios⁸ que consagram os fundamentos e os objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, incs. II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos

6. *Ibidem*, p. 80.

7. Cf. José Joaquim Gomes Canotilho: “Independentemente das densificações e concretizações que o princípio do Estado de direito encontra implícita ou explicitamente no texto constitucional, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio da seguinte forma: (1) juridicidade; (2) constitucionalidade; (3) direitos fundamentais.” (Direito Constitucional, 6. ed. revista, Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 357). Para Hayek: “Estado de Direito. Despido de todas as tecnicidades, pode ser ele definido como o Governo que em todas as suas ações é orientado por regras pre-estabelecidas e preanunciadas – regras que fazem possível antecipar, com uma margem de certeza, como as autoridades usarão seus poderes coercitivos em dadas circunstâncias e planejar as condutas individuais com base neste conhecimento.” (The road to serfdom, 1944, p.3).

8. Observa José Afonso da Silva: “Princípio aí (título I da Constituição) exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema”. (...) Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, “são – como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira – “núcleos de condensações” nos quais confluem valores e bens constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, “os princípios que começam por ser a base de normas jurídicas podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípios e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.” (Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 82).

fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora. Como afirma Jorge Miranda: "A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado."⁹

Por sua vez, construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituem os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, consagrados no artigo 3º da Carta de 1988. No entender de José Afonso da Silva: "É a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana."¹⁰

Infere-se desses dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como um imperativo de justiça social. Na lição de Antonio Enrique Pérez Luño: "Los valores constitucionales poseen una triple dimensión: a) fundamentadora – núcleo básico e informador de todo el sistema jurídico-político; b) orientadora – metas o fines predeterminados, que hacen ilegítima cualquier disposición normativa que persiga fines distintos o que obstaculice la consecución de aquellos enunciados en el sistema axiológico constitucional; y c) crítica – para servir de criterio o parámetro de valoración para justipreciar hechos o conductas. (...) Los valores constitucionales suponen, por tanto, el contexto axiológico fundamentador o básico para la interpretación de todo el ordenamento jurídico; el postulado-guia para orientar la hermenéutica teleológica y evolutiva de la Constitución; y el criterio para medir la legitimidad de las diversas manifestaciones del sistema de legalidad."¹¹ Nesse sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional¹².

9. Jorge Miranda, Manual de direito constitucional, Coimbra: Coimbra, v. 4, 1988, p.166.

10. José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 93.

11. Cf. Antonio Enrique Pérez Luño, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 288-289

12. A respeito, observa Antonio Enrique Pérez Luño: "La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de la Republica Federal de Alemania ha considerado en numerosas decisiones el sistema de los derechos fundamentales consagrados por la Grundgesetz como la expresión de una "orden de valores", que deben guiar la interpretación de todas las restantes normas constitucionales y del ordenamiento

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe doa unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.

Adotando-se a concepção de Ronald Dworkin¹³, acredita-se que o ordenamento jurídico é um sistema no qual, ao lado das normas legais, existem princípios que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos. Esses princípios constituem o suporte axiológico que confere coerência interna e estrutura harmônica a todo sistema jurídico¹⁴. O sistema jurídico define-se, pois, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos, que apresentam verdadeira função ordenadora, na medida em que salvaguardam valores fundamentais. A interpretação das normas constitucionais advém, desse modo, de critério valorativo extraído do próprio sistema constitucional.

À luz dessa concepção, infere-se que o valor da dignidade da pessoa humana, bem como o valor dos direitos e garantias fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro.

Com efeito, a busca do texto em resguardar o valor da dignidade humana é redimensionada, na medida em que, enfaticamente, privilegia a temática dos direitos fundamentais¹⁵. Consta-se, assim, uma nova topografia constitucional, na medida

jurídico en su conjunto, ya que se parte de que dichos valores se hallan basados y manifiestan "conceptos universales de justicia". También en España el Tribunal Constitucional ha sostenido expresamente que: "Los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal que... han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico." (op. cit., p. 292).

13. Cf. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977.

14. Ao definir sistema jurídico, escreve John Rawls: "O sistema jurídico é uma ordem coercitiva de regras públicas endereçadas a pessoas racionais, com o propósito de regular certas condutas e assegurar os fundamentos de uma cooperação social. (...) A ordem jurídica é um sistema de regras públicas, endereçadas a pessoas racionais, no qual os preceitos de justiça são associados ao Estado de Direito." (John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, p. 235-236). Para Paulo Bonavides "a idéia de sistema inculca imediatamente outras, tais como as de unidade, totalidade e complexidade. A Constituição é basicamente unidade, unidade que repousa sobre princípios: os princípios constitucionais. Esses não só exprimem determinados valores essenciais – valores políticos ou ideológicos – senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo assim ao sistema sua feição particular, identificável, inconfundível, sem a qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, se não impossível" (Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 110). Note-se que a noção de sistema tem fecunda aplicação no âmbito de hermenêutica constitucional. A título de exemplo, destaque-se a Constituição da Checoslováquia, de 1948, ao estabelecer como regra interpretativa de natureza constitucional que "a interpretação das diversas partes da Constituição deve inspirar-se no seu conjunto e nos princípios gerais sobre os quais se alicerça".

15. Sobre a matéria, conclui Antonio Enrique Pérez Luño, ao tratar da Constituição espanhola: "De este modo, la dignidad de la persona, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad proclamados en dicho artículo 10,1, en conexión necesaria con el artículo 9, 2, que exige hacer

em que o texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de direitos e garantias¹⁶, elevando-os, inclusive, a cláusula pétrea,¹⁷ o que, mais uma vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e garantias fundamentais.

Todavia, a Carta de 1988 não se atém apenas em alterar a topografia constitucional tradicional e elevar a cláusula pétrea os direitos e garantias individuais. O texto de 1988 ainda inova, ao alargar a dimensão dos direitos e garantias, não mais se limitando a assegurar direitos individuais. Passa a Carta de 1988 a incorporar a tutela dos direitos coletivos e difusos, aqueles pertinentes a determinada classe ou categoria social e estes pertinentes a todos e a cada um, caracterizados que são pela indefinição objetiva e indivisibilidade de seu objeto.¹⁸ A esse respeito, basta comparar a denominação atribuída ao Capítulo I do Título II da Constituição de 1988 – “Dos direitos e deveres individuais e coletivos” – com a Constituição anterior, que consagrava tão-somente direitos e garantias individuais.¹⁹

Atente-se, ademais, que a Constituição de 1988, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, institui o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, nos termos de seu artigo 5º, parágrafo 1º. Inadmissível, por conseqüência, a inércia do Estado quanto à concretização de direito fundamental, posto que a omissão estatal viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, o dever de agir no sentido de garantir direito fundamental. Implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito

reales y efectivas la libertad y la igualdad, constituyen una inequívoca decisión de nuestros constituyentes en favor de las libertades. Tal decisión, lógica en un Estado de Derecho que se define como social y democrático, impone una interpretación de los derechos fundamentales que los contemple no sólo como esferas subjetivas de libertad, sino como elementos constitutivos de un sistema unitario de libertades “patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente”, cuya extensión y eficacia máximas aparecen como la irrenunciable meta a alcanzar.” (op. cit., p. 316)

16. Diversamente da Carta de 1988, que consagra princípios e direitos fundamentais nos primeiros títulos para depois tratar da organização do Estado, a Constituição de 1967 tratava primeiramente da organização nacional (Título I), para, num segundo momento, estabelecer os direitos (Título II – arts. 145 a 154).
17. O artigo 60, parágrafo 4º apresenta as cláusulas pétreas do texto constitucional, ou seja, o núcleo intocável da Constituição de 1988. Integram esse núcleo: I) a forma federativa de Estado, II) o voto direto, secreto, universal e periódico, III) a separação dos poderes e IV) os direitos e garantias individuais. Vale ressaltar que a Constituição anterior resguardava como cláusula pétrea a Federação e a República (art. 47, par. 1º, da Constituição de 1967), não fazendo qualquer menção aos direitos e garantias individuais.
18. FIGUEIREDO, Lucia Valle. Direitos difusos e coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 11-18. (Coleção Primeira Leitura). Também nosso artigo: A atual dimensão dos direitos difusos na Constituição de 1988. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 38, p. 75-89, dez.1992.
19. Cf. artigo 153 da Constituição de 1967, emendada em 1969.

definidor²⁰ de direito e garantia fundamental. Esse princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário²¹. No entender de Canotilho, o sentido fundamental dessa aplicabilidade direta está em reafirmar que “os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via direta da Constituição e não através da auctoritas interpositio do legislador. Não são simples norma normarum mas norma normata, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais.”²²

Ao mesmo tempo em que consolida a extensão de titularidade de direitos, acenando à existência de novos sujeitos de direitos, a Carta de 1988 também consolida o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, mediante a ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais. Vale lembrar que, ao longo da história constitucional brasileira, as Cartas de 1824 e 1891 foram Constituições Liberais, já a Constituição de 1934 e seguintes (com exceção da Carta de 1937) podem ser classificadas como Constituições Sociais.²³

-
20. Para Luis Roberto Barroso: “As normas definidoras de direitos investem o jurisdicionado no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da regra – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados.” (op. cit., p. 228). Na explicação de Cretella Jr.: “A “norma definidora” contrapõe-se à “norma regulamentadora” de que fala o artigo 5º, LXXI”. (Comentários à Constituição Brasileira de 1988: artigos 5º (LXVIII a LXXXVII) a 17. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 860).
21. A esse respeito, nosso estudo Constituição e transformação social: a eficácia das normas constitucionais programáticas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 37, p. 63-74, jun. 1992 e também nosso livro A proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
22. Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, Direito constitucional, 6. ed. revista, Coimbra: Almedina, 1993, p. 578. E acrescenta Canotilho: “Aplicação direta não significa apenas que os direitos, liberdades e garantias se aplicam independentemente da intervenção legislativa. Significa também que eles valem directamente contra a lei, quando esta estabelece restrições em desconformidade com a Constituição.” (op. cit., p.186). Para Jorge Miranda: “O sentido essencial da norma não pode, pois, deixar de ser este: a) salientar o carácter preceptivo, e não programático, das normas sobre direitos, liberdades e garantias; b) afirmar que estes direitos se fundam na Constituição e não na lei; c) sublinhar (na expressão bem conhecida da doutrina alemã) que não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais.” (Manual de direito constitucional, Coimbra: Coimbra, 1988, v. 4, p. 282-283).
23. Note-se que foi a Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar, que ineditamente na história constitucional brasileira alargou a dimensão dos direitos fundamentais, no sentido de também incluir os direitos sociais. Com efeito, a característica básica de Weimar – o sentido social dos novos direitos – foi incorporada à Carta de 1934. Com a tutela dos direitos sociais, objetivava-se disciplinar aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado, afastando o absentismo estatal do século XIX, para consolidar a reabilitação do papel do Estado com referência à democracia, à liberdade e à igualdade.

Ainda que assim o seja, a Carta de 1988 expande, consideravelmente, o universo de direitos sociais, integrando-os na Declaração dos Direitos fundamentais. Observe-se, em contrapartida, que a Carta Constitucional de 1967, ao situar alguns preceitos de cunho social no título dedicado à ordem econômica e social, não fazia qualquer alusão explícita aos direitos sociais propriamente ditos, envolvendo em sua Declaração de Direitos tão-somente os direitos da nacionalidade, os direitos políticos, os partidos políticos, os direitos e garantias individuais e as medidas de emergência, do estado de sítio e do estado de emergência (Capítulos I a V do Título II, dedicado à Declaração de Direitos).

Nesse passo, a Constituição de 1988, além de afirmar no artigo 6º que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”, ainda apresenta uma ordem social com um amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. A título de exemplificação, destacam-se determinados dispositivos constitucionais constantes da ordem social, que fixam, dentre os deveres do Estado e direitos do cidadão, a saúde (art. 196), a educação (art. 205), a cultura (art. 215), as práticas desportivas (art. 217), a ciência e a tecnologia (art. 218), dentre outros.

A essa ordem social conjuga-se uma ordem econômica que, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, como determina o artigo 170 da Carta de 1988. Trata-se de ordem econômica complexa, porque, como atenta Celso Bastos, “nela intervêm não só disposições ou preocupações com a geração, circulação e consumo de bens, como também princípios e normas retratadoras de realidades mais atinentes a outros planos. Exemplos: inciso III do artigo 170, função social da propriedade; inciso VI, defesa do meio ambiente; e inciso VII, redução das desigualdades regionais e sociais.”²⁴ É neste sentido que a ordem econômica da Constituição de 1988 busca combinar a livre iniciativa e concorrência (arts. 1º, IV e 170, IV) com a atuação do Estado, seja como agente normativo e regulador da atividade econômica, seja como agente econômico que desenvolve atividades estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do país (arts. 173 e 174, respectivamente). Compartilha-se da interpretação de Eros Roberto Grau, para quem o modelo definido na ordem econômica na Constituição de 1988 é um modelo aberto que, a partir de uma interpretação dinâmica, é capaz de instrumentalizar as mudanças da realidade social, podendo ser descrito como modelo de bem-estar.²⁵

24. BASTOS, Celso. Curso de direito constitucional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 361.

25. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 323.

Saliente-se, ademais, que a ordem econômica na Constituição de 1988 faz opção pelo sistema capitalista, que, todavia, não está em contradição com o modelo de Estado voltado ao bem-estar social, cunhado no título definidor da ordem social dessa mesma Carta. Esclareça-se: o Estado de bem-estar social não se confunde com o Estado socialista e com o regime da propriedade coletiva dos meios de produção, mas implica em modelo de Estado que concretize o direito a prestações positivas, o que resulta no desafio de arquitetar uma estrutura tributária e fiscal condizente com esse modelo – dificultoso desafio²⁶ que, no entanto, transcende ao objeto desta investigação.

À luz da Carta de 1988, reforça-se a idéia de que a participação estatal é imprescindível sob muitos aspectos, particularmente no campo social.

Em síntese, extrai-se do sistema constitucional de 1988 os delineamentos de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social. Consagra-se a preeminência ao social. Com o Estado Social, como observa Paulo Bonavides²⁷, o Estado-inimigo cede lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem a se transformar num pacto de garantia social. Assim, o Estado Constitucional Democrático de 1988 não se identifica com um Estado de direito formal, reduzido a simples ordem de organização e processo, mas visa a legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável.

O texto constitucional de 1988 confirma, nesse sentido, o esgotamento do modelo liberal de Estado, em face do aumento de bens merecedores de tutela, que exigem a eficiência de um Estado de Bem-Estar Social, intervencionista e planejador.

Ao atestar a insuficiência do paradigma liberal-individualista, fundado no Estado liberal não-interventor e limitado juridicamente, voltado ao resguardo dos domínios da privacidade e à tutela dos direitos e liberdades de cunho individual, a Carta de 1988 busca responder à emergência de um novo padrão de conflituosidade, bem como à exigência de novos direitos fundamentais.

Da Constituição de 1988 emerge uma ordem jurídica própria dos Estados intervencionistas, cuja dinâmica está condicionada à eficiência e competência na obtenção de resultados, que se subordinam à concretização de políticas públicas.

Nesse sentido, o texto de 1988 não apenas é instituto de proteção das relações existentes, mas é Constituição de uma sociedade em devir. Surge o problema da

26. Esse desafio se torna ainda mais dificultoso em face do questionamento do Estado por sua ineficiência e corrupção, discurso que ainda inclui a desregulamentação e privatização. Sobre este questionamento, Luis Roberto Barroso, A crise econômica e o direito constitucional. Tese defendida no XIX Congresso Nacional dos Procuradores de Estado, Manaus, outubro de 1993.

27. BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 306.

realidade como tarefa e do Direito como antecipador das mudanças sociais, o que rompe com a função de “Direito-situação”. O desafio do Direito Constitucional contemporâneo refere-se à concretização constitucional, tendo em vista ser a Constituição de 1988 uma Carta aberta, direcionada ao futuro e não conformadora do status quo do presente.

Como observa Canotilho, a Constituição tem sempre como tarefa a realidade: juridificar constitucionalmente essa tarefa ou abandoná-la à política, é o grande desafio²⁸.

À luz do perfil inovador da Carta de 1988 e do constitucionalismo de direitos por ela inaugurado, passa-se à análise do modo pelo qual consagra a proteção dos direitos humanos.

2. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, cabe esclarecer que a definição de direitos humanos aponta uma pluralidade de significados. No dizer de Hannah Arendt, a cidadania não é um dado, mas um construído. Considerando a historicidade dos direitos humanos – da qual decorre a pluralidade de concepções –, opta-se pela concepção contemporânea de direitos humanos, introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

A chamada concepção contemporânea de direitos humanos é fundada na universalidade e na indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa há de ser o requisito único para a titularidade de direitos, afastada qualquer outra condição. Indivisibilidade porque os direitos civis e políticos não de ser somados aos direitos sociais, econômicos e culturais, já que não há verdadeira liberdade sem igualdade e nem tampouco há verdadeira igualdade sem liberdade. Esta concepção, acolhida pela Declaração Universal em 1948, veio a ser endossada pela Declaração de Viena de 1993, que em seu parágrafo 5º consagrou que os “direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

Adotada essa concepção de direitos humanos, há que se avaliar o modo pelo qual a Carta de 1988 assegura a proteção dos direitos humanos, a partir das noções de universalidade e indivisibilidade destes direitos.

28. Para Canotilho “todas as Constituições pretendem, implícita ou explicitamente, conformar o político.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1982. p. 28).

Com relação à universalidade dos direitos humanos, atenta-se que a Constituição de 1988, ao eleger o valor da dignidade humana como princípio fundamental da ordem constitucional, compartilha da visão de que a dignidade é inerente à condição de pessoa, ficando proibida qualquer discriminação. O texto enfatiza que todos são essencialmente iguais e assegura a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais.

Além de afirmar o alcance universal dos direitos humanos, o texto constitucional ainda reforça essa concepção, na medida em que realça que os direitos humanos são tema do legítimo interesse da comunidade internacional, transcendendo, por sua universalidade, as fronteiras do Estado.

Essa concepção está embasada na interpretação de dois dispositivos inéditos na história constitucional brasileira: o artigo 4º, II e o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988.

À luz da Carta de 1988, dentre os princípios a reger o Brasil nas relações internacionais, destaca-se ineditamente o princípio da prevalência dos direitos humanos. Se o Brasil se orientará pela observância desse princípio ao se relacionar com os demais países da ordem internacional, é porque assume que os direitos humanos são um tema global, de legítimo interesse da comunidade internacional.

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos²⁹. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido³⁰.

29. Cf. Pedro Dallari, *Constituição e relações exteriores*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 161 e Enrique Ricardo Lewandowski, *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 141.

30. Afirma Arthur de Castilho Neto: "A prevalência dos direitos humanos, além de ser uma petição de princípios, derivada, inclusive, de compromissos que o Brasil firmou na esfera internacional, representa aguda reação a um período de instabilidade e de excessos que acabou com a transição democrática e que gerou a instalação da Assembléia Nacional Constituinte." (A revisão constitucional e as relações internacionais. *Revista da Procuradoria Geral da República*, São Paulo, 1993, p. 65). Para Paulo Roberto de Almeida: "Cabe referir-se, igualmente, às consequências positivas para a imagem internacional do país advindas da nova postura constitucional no que se refere à promoção ativa e à defesa efetiva dos direitos humanos, assim como da confirmação da vocação universalista, pacifista e democrática do Estado brasileiro." (A estrutura constitucional das relações internacionais e o sistema político brasileiro. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, n. 12, jul./dez. 90, p. 67).

Ao lado do princípio da prevalência dos direitos humanos, a ênfase na proteção desses direitos vem reforçada a partir de valores inovadores a guiar o Brasil no contexto internacional, como o princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo, a concessão de asilo político e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (vide o art. 4º, incs. VIII, IX, X).

Observe-se que, em uma breve síntese da história constitucional brasileira, durante a Constituição imperial de 1824 a preocupação se concentrava na defesa dos valores da independência nacional, soberania e não-intervenção, na medida em que eram consolidadas as fronteiras nacionais³¹. Já a partir da República (Constituição de 1891 e seguintes), a preocupação se ateu à defesa da paz e à solução pacífica dos conflitos; ou seja, consolidadas as fronteiras nacionais, a preocupação constitucional passa a ser com a vocação pacifista do Brasil. Como explica Celso Lafer: “na experiência brasileira, o Império cuidou da independência e da preservação da unidade nacional e a República, tendo consolidado as fronteiras nacionais, afirmou a vocação pacífica do país, reconhecendo progressivamente a importância da cooperação internacional para a preservação da paz.”³².

Além das inovações introduzidas pelo artigo 4º, ao consagrar princípios inovadores a reger o Brasil no cenário internacional, um outro dispositivo merece destaque, qual seja o artigo 5º, parágrafo 2º. Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo artigo 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada: a hierarquia de norma constitucional.

Conjugando os artigos 1º, III, 4º e 5º, parágrafo 2º, outra conclusão não resta senão a aceitação pelo texto constitucional do alcance universal dos direitos humanos.

Quanto ao caráter indivisível, interdependente e inter-relacionado dos direitos humanos, ressalte-se que a Carta de 1988 é a primeira Constituição que integra ao elenco dos direitos fundamentais, os direitos sociais, que nas Cartas anteriores restavam pulverizados no capítulo pertinente à ordem econômica e social. A opção da Carta é

31. O artigo 1º da Carta de 1824 previa: “O Império do Brasil é a associação política de todos os cidadãos brasileiros. Eles formam uma nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se oponha à sua independência”.

32. Cf. Celso Lafer, prefácio ao livro *Constituição e relações exteriores*, Pedro Dallari, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 27-28. Para uma análise detalhada dos princípios de relações exteriores nas Constituições brasileiras, ver op. cit., p. 23-55.

clara ao afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, sendo pois inconcebível separar os valores liberdade (direitos civis e políticos) e igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais).

Logo, a Constituição Brasileira de 1988 acolhe a concepção contemporânea de direitos humanos, ao reforçar a universalidade e a indivisibilidade desses direitos.

Importa, assim, investigar a forma pela qual são esses direitos protegidos, ou seja, importa avaliar os mecanismos e instrumentos de proteção dos direitos humanos.

No campo das garantias fundamentais, a ordem constitucional de 1988 também introduz extraordinárias inovações. Ao lado de garantias tradicionais, como o habeas corpus (previsto pela Constituição de 1891), o mandado de segurança e a ação popular (previstos pela Constituição de 1934), a Carta de 1988 estabelece como novas garantias constitucionais o mandado de injunção, o habeas data e o mandado de segurança coletivo.

Nos termos do artigo 5º, LXXI, caberá mandado de injunção sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais. A finalidade do mandado de injunção é, pois, concretizar o exercício de um direito ou liberdade constitucional que se encontra obstado por falta de regulamentação³³. Note-se que a Carta de 1988, quando de sua promulgação (em 5 de outubro de 1988), estava a exigir a elaboração de duzentos e quarenta e duas normas regulamentadoras. Passados mais de dez anos da adoção da Constituição, restam ainda inúmeras normas a serem produzidas. Nesse contexto, o objetivo era evitar que a omissão dos Poderes Públicos inviabilizasse o exercício de direitos constitucionalmente enunciados, de forma a permitir que o Poder Judiciário, ao conceder a injunção, tornasse viável o exercício de direito ou a liberdade constitucional.

Contudo, não tem sido esse o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, que não confere efeitos concretistas à nova garantia. Para o Supremo Tribunal Federal, a concessão do mandado de injunção implicará apenas na declaração da inconstitucionalidade por omissão e na ciência ao Poder competente para que adote as providências necessárias³⁴. Essa interpretação esvazia de funcionalidade o novo instituto, equiparando-o à chamada ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º da Constituição).

33. A respeito das garantias do mandado de injunção, ver nosso livro *Proteção judicial contra omissões legislativas: mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

34. Nesse sentido, Mandado de Injunção n. 107, relator Ministro Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção 1, de 21.9.1990, p. 9.782. Esse foi o leading case que firmou a posição do Supremo Tribunal Federal em prol da corrente não-concretista.

Outra relevante garantia constitucional é o habeas data. Trata-se de instrumento que permite o conhecimento e a retificação de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes em registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. Tutela-se assim o direito à informação, por meio de instrumento de tutela dos direitos da personalidade. De um lado, o habeas data assegura a publicidade e a transparência dos dados constantes de bancos de dados governamentais ou de caráter público, que devem estar sob o controle estrito dos titulares dos dados, a fim de que se evitem abusos e o arbítrio. Por outro lado, o habeas data tutela o respeito à intimidade, à vida privada da pessoa a que as informações se referem.

Com relação à garantia do mandado de segurança coletivo, também é inovação da Carta de 1988, que ampliou a legitimidade ativa para a impetração de mandado de segurança, autorizando-a para partidos políticos, com representação no Congresso Nacional, bem como para organizações sindicais, entidades de classe ou associações, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

No tocante à garantia da ação popular, a Carta de 1988 amplia significativamente seu objeto, para envolver a proteção da moralidade administrativa.

Por fim, merece ainda registro o fato da Carta de 1988 ter alargado o objeto da ação civil pública. Prevista pela Lei n. 7.347/85, a ação civil pública objetivava a responsabilidade por dano causado ao meio ambiente, ao consumidor e a bens de valor artístico. A partir da Carta de 1988, a ação civil pública torna-se instrumento de proteção de todo e qualquer direito difuso ou coletivo, não mais ficando restrita à tutela do meio ambiente, consumidor ou bens de valor artístico. A título de exemplo, passam a ser tuteláveis por meio da ação civil pública os direitos sociais à saúde, à educação, ao transporte, dentre outros. Desta feita, a ação civil pública transforma-se em um importante mecanismo de proteção de direitos que demandam o cumprimento de tarefas positivas.

Tendo em vista esse breve panorama das inovações constitucionais relativas às garantias fundamentais, constata-se que o texto de 1988 conjuga garantias típicas do modelo liberal, voltadas à proteção das liberdades (como o habeas corpus e o mandado de segurança), com garantias típicas do modelo social, voltadas à proteção da igualdade material e justiça social (como o mandado de injunção e a ação civil pública).

Todavia, resta observar que a implementação dessas garantias pelo Poder Judiciário ainda encontra resistências, em especial quanto às garantias de cunho social.

Com efeito, no tocante à proteção dos direitos civis – as liberdades públicas no sentido clássico – há farta jurisprudência das Cortes brasileiras, em especial quando do julgamento das garantias do habeas corpus e do mandado de segurança. Essas garantias têm marcada inspiração liberal, na medida em que objetivam a contenção do abuso e do arbítrio do Poder Público, objetivando um não-fazer – ora protegendo

a liberdade de locomoção (habeas corpus), ora o direito líquido e certo (mandado de segurança). Nesses casos, o Poder Judiciário se vale da chamada “interpretação de bloqueio”, com o fim último de assegurar o respeito ao valor da liberdade, limitando o poder do Estado, de acordo com o princípio da legalidade. A “interpretação de bloqueio”, na definição de Tércio Sampaio Ferraz Jr.³⁵, é inspirada no princípio da proibição de excessos, sendo a hermenêutica constitucional voltada ao Estado de Direito concebido como Estado mínimo, reduzido em suas funções.

Já com relação às garantias de cunho eminentemente social – mandado de injunção e ação civil pública – que demandam tarefas positivas do Estado, objetivando um fazer, o Poder Judiciário tem apresentado em geral uma atuação tímida, de forma a obstar tais prestações positivas. Ao apreciar tais garantias, as Cortes Brasileiras recorrem à “interpretação de bloqueio”, que, como visto, é consonante com as garantias de cunho liberal, mas não social. Para a implementação de direitos sociais, necessária seria a adoção de uma “interpretação de legitimação de aspirações sociais à luz da Constituição”, na terminologia de Tércio Sampaio Ferraz Jr.³⁶ O procedimento interpretativo de legitimação de aspirações sociais à luz da Constituição reflete a pretensão de realização dos comandos constitucionais, na qualidade de instrumento de legitimação das tarefas postas ao Estado.

Percebe-se que a mentalidade do Judiciário brasileiro está demasiada e profundamente dominada pelas tarefas tradicionais da justiça civil e penal, o que encerra dificuldades para uma mudança de postura, necessária para a interpretação e aplicação de leis promocionais, orientadas ao futuro³⁷. Aguarda-se uma maior participação do Poder Judiciário para a construção da sociedade de bem-estar, com maior sensibilidade às finalidades sociais, tipicamente perseguidas pelo welfare state.

Tal mentalidade revela ainda a forte resistência da cultura jurídica nacional em conceber os direitos sociais, econômicos e culturais como verdadeiros direitos fundamentais. A implementação dos direitos sociais exige do Judiciário uma nova lógica, que afaste o argumento de que a “separação dos poderes” não permite um controle jurisdicional da atividade governamental. Essa argumentação traz o perigo de inviabilizar políticas públicas, resguardando o manto da discricionariedade administrativa.

Há portanto que se realçar a imperatividade jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais, com base na doutrina da indivisibilidade dos direitos humanos

35. Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1990, p. 12-13.

36. *Ibidem*, p. 12-13.

37. A respeito, ver Mauro Cappelletti, *Juízes legisladores?*, trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 51. Ver também Mauro Cappelletti, *Juízes irresponsáveis?*, trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 22-23.

consagrada pela Declaração Universal em 1948 e endossada em Viena, em 1993. Há que se propagar a idéia de que os direitos sociais, econômicos e culturais são autênticos e verdadeiros direitos fundamentais e, por isso, devem ser reivindicados e compreendidos como direitos e não como caridade ou generosidade.

Observe-se que o próprio Poder Legislativo, em sua tarefa legiferante voltada à regulamentação da Carta de 1988, tem se destacado fundamentalmente pela produção de normas voltadas à defesa dos direitos civis e políticos³⁸, sendo pouca a normatividade relativa à proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais.

A resistência em acolher a indivisibilidade dos direitos humanos não é constatada apenas nos Poderes Judiciário e Legislativo, o próprio Poder Executivo também apresenta a mesma resistência. Basta, a título de exemplo, mencionar o Programa Nacional de Direitos Humanos³⁹, que, embora reconheça a indivisibilidade dos direitos humanos, consagra metas voltadas tão-somente à implementação dos direitos civis e políticos.

Por fim, no que tange à proteção dos direitos humanos no Brasil, há que se adicionar a proposta de federalização dos crimes contra os direitos humanos. O objetivo dessa proposta é transferir à Justiça Federal a competência para julgar os crimes contra os direitos humanos. Acredita-se que essa medida é essencial para o combate da impunidade, eis que em muitas regiões do país as instituições locais mostram-se falhas, incapazes e omissas quanto ao dever de responder a casos de violação de direitos humanos. Ademais, tendo o Brasil ratificado, a partir do processo de democratização, os principais tratados de direitos humanos, a responsabilidade

38. Nesse sentido, merecem destaque: a) a Lei n. 9.140/95, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação política e fixa a responsabilidade dos governos ditatoriais por essas mortes, concedendo indenização aos familiares das vítimas; b) a Lei n. 9.100/95, que fixa cotas para mulheres na candidatura para cargos legislativos, estimulando a participação política das mulheres; c) a Lei n. 9.029/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização e outras práticas discriminatórias para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho; d) a Lei n. 9.099/95, que cria os Juizados Especiais Cíveis e Criminais; e) a Lei n. 9.299/96, que determina a transferência da Justiça Militar para a Justiça Comum do julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos por policiais militares; f) a Lei n. 9.503/97, que aprova o novo Código Brasileiro de Trânsito; g) a Lei n. 9.534/97, que estabelece a universalização da gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania, como o registro civil de nascimento e a certidão de óbito; h) a Lei n. 9.455/97, que define e pune o crime de tortura; i) a Lei n. 9.459/97, que amplia a Lei n. 7.716/89 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor), prevendo a punição de crimes resultantes também de preconceito de etnia, religião ou procedência nacional; j) a Lei n. 9.437/97, que torna crime o porte ilegal de armas e cria o Sistema Nacional de Armas; k) a Lei n. 9.474/97, que estabelece o Estatuto dos Refugiados; l) a Lei n. 9.714/98, que institui oito novas espécies de penas alternativas; m) a Lei que estabelece programa de proteção às vítimas e testemunhas.

39. O Programa Nacional de Direitos Humanos, adotado por meio do Decreto n. 1.904, de 13 de maio de 1996, ineditamente atribuiu aos direitos humanos o status de política pública governamental, contendo propostas de ações governamentais para a proteção e promoção dos direitos civis e políticos no Brasil.

internacional quando da afronta a preceitos internacionais recai na pessoa jurídica da União, sem que ela tenha qualquer possibilidade de investigar, processar e punir os agentes perpetradores da violação. Seria, pois, mais coerente que a própria União tivesse competência para processar e julgar os crimes contra os direitos humanos, o que contribuiria para a criação de uma sistemática constitucional mais sintonizada com a responsabilidade internacional em direitos humanos, bem como para o combate à impunidade.

3. AS REFORMAS DA CONSTITUIÇÃO E A AMEAÇA AO CONSTITUCIONALISMO DE DIREITOS

Como reflexão final deste estudo, será desenvolvida uma análise a respeito das reformas da Carta de 1988, avaliando o seu impacto no que se refere aos direitos humanos.

Como já abordado, a Constituição de 1988 nasceu como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. Delineia as molduras jurídicas de um Estado Democrático de Direito e estabelece políticas públicas na esfera social, compreendendo tarefas aos Poderes Públicos no campo da educação, saúde, previdência social, cultura, dentre outros. O constitucionalismo inaugurado em 1988, como apreciado no tópico anterior deste artigo, empresta ênfase na prevalência dos direitos humanos, ampliando e fortalecendo o catálogo de direitos fundamentais, com base na universalidade e indivisibilidade desses direitos.

Contudo, desde a promulgação da Constituição de 1988, o texto constitucional já sofreu, até o presente momento, vinte e oito emendas.

Este excessivo ímpeto de reforma da Constituição tem esvaziado e mitigado a força normativa da Carta de 1988, em particular no que tange aos direitos sociais. Intensifica-se o processo de pulverização das molduras jurídicas do Estado de Bem-Estar Social, sob o impacto das diretrizes do processo de globalização econômica. Testemunha-se a abertura da economia brasileira ao mercado mundial, com intensos e desenfreios programas de privatização, que no dizer de Aloysio Biondi tem implicado no “desmonte do Estado”, a partir da entrega do patrimônio público ao mito das forças do mercado, o que tem causado o empobrecimento do Estado⁴⁰. Se ao longo das últimas décadas os grandes desafios da América Latina foram a abertura política, a estabilização econômica e a reforma social, com o processo de globalização econômica a agenda dos países latino-americanos passou a incluir como preocupação central a inserção na economia e no mercado mundial, mediante o aumento da competitividade internacional.

40. Ver Aloysio Biondi, *O Brasil privatizado*, Fundação Perseu Abramo, 1999.

A percepção de desmantelamento das molduras constitucionais do modelo de Estado consagrado pela Carta de 1988 faz-se clara quando da análise das emendas aprovadas, particularmente após 1995. Nesse sentido, basta examinar o teor da Emenda n. 6, de 1995 (que revogou o art. 171, que definia empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, permitindo a adoção de benefícios e proteção especial, bem como alterou a sistemática constitucional referente à pesquisa e lavra de recursos minerais); da Emenda n. 7, de 1995 (que alterou a sistemática constitucional referente à ordenação de transportes aéreo, aquático e terrestre); da Emenda n. 8, de 1995 (que alterou a sistemática constitucional referente aos serviços de telecomunicações); da Emenda n. 9, de 1995 (que alterou a sistemática constitucional referente à exploração de jazidas de petróleo); da Emenda n. 19, de 1998 (que institui a reforma administrativa); da Emenda n. 20, de 1998 (que institui a reforma previdenciária). A esse elenco de reformas, há que se somar a proposta de emenda a respeito da reforma tributária, pendente de apreciação, e que incorpora essa mesma lógica⁴¹.

Nessa ótica, o balanço e o destino do constitucionalismo social inaugurado em 5 de outubro de 1988 só podem ser compreendidos sob a perspectiva do impacto da chamada globalização econômica.

Sabe-se que o processo de globalização econômica tem-se orientado pelas regras ditadas no chamado “Consenso de Washington”. Esse Consenso passou a ser sinônimo das medidas econômicas neoliberais voltadas à reforma e à estabilização de economias “emergentes” – notadamente latino-americanas. Tem por plataforma o neoliberalismo (o Estado mínimo com a redução das despesas públicas), a privatização do Estado, a condenação dos gastos sociais em prol da austeridade monetária, a flexibilização das relações de trabalho, a disciplina fiscal para eliminar o déficit público, a reforma tributária e a abertura do mercado ao comércio exterior⁴². Esse é o código que tem inspirado as aludidas reformas constitucionais neoliberais (nas esferas administrativa, previdenciária, econômica e agora tributária), com a corrosiva descaracterização da Carta de 1988.

O processo de globalização econômica tem agravado ainda mais o dualismo econômico e estrutural da realidade brasileira, com o aumento das desigualdades sociais e do desemprego, aprofundando-se as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social. De acordo com o relatório da OEA sobre a “Situação dos Direitos Humanos no Brasil”, publicado em 1996, 66% da população rural do Brasil encontra-se abaixo

41. Cabe registrar que, na exposição de motivos da proposta de reforma tributária, há expressa menção de que tal proposta atende às orientações do Fundo Monetário Internacional e das agências financeiras internacionais.

42. No dizer de Jurgen Habermas: “Hoje são antes os Estados que se acham incorporados aos mercados, e não a economia política às fronteiras estatais.” (Nos limites do Estado, Folha de São Paulo, Caderno Mais!, p. 5, 18 de julho de 1999).

da linha da pobreza, ao passo que a proporção de pobres nas zonas urbanas é de 38%. Segundo ainda o relatório sobre o Desenvolvimento Humano de 1999, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 15,8% da população brasileira (26 milhões de pessoas) não têm acesso a condições mínimas de educação, saúde e serviços básicos, 24% da população não têm acesso a água potável e 30% estão privados de esgoto. Esse relatório, que avalia o grau de desenvolvimento humano de 174 países, situa o Brasil na 79ª posição do ranking e atesta que o Brasil continua o primeiro país em concentração de renda – o PIB dos 20% mais ricos é 32 vezes maior que o dos 20% mais pobres.

O relatório do PNUD afirma que a integração econômica mundial tem contribuído para aumentar a desigualdade. A diferença de renda entre os 20% mais ricos da população mundial e os 20% mais pobres, medida pela renda nacional média, aumentou de 30 para 1 em 1960 para 74 em 1997. Adiciona o relatório que, em face da globalização assimétrica, a parcela de 20% da população mundial que vive nos países de renda mais elevada concentra 86% do PIB mundial, 82% das exportações mundiais, 68% do investimento direto estrangeiro e 74% das linhas telefônicas. Já a parcela dos 20% mais pobres concentra 1% do PIB mundial, 1% das exportações mundiais, 1% do investimento direto estrangeiro e 1,5% das linhas telefônicas⁴³.

O forte padrão de exclusão sócio-econômica constitui um grave comprometimento às noções de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. O alcance universal dos direitos humanos é mitigado pelo largo exército de excluídos. Por sua vez, o caráter indivisível desses direitos é também mitigado pelo esvaziamento dos direitos sociais fundamentais, especialmente em virtude da tendência de flexibilização de direitos sociais básicos, que integram o conteúdo de direitos humanos fundamentais. A garantia dos direitos sociais básicos (como o direito ao trabalho, à saúde e à educação), que integram o conteúdo dos direitos humanos, tem sido apontada como um entrave ao funcionamento do mercado e um obstáculo à livre circulação do capital e à competitividade internacional. A educação, a saúde e a previdência, de direitos sociais básicos transformam-se em mercadoria, objeto de contratos privados de compra e venda – em um mercado marcadamente desigual, no qual grande parcela populacional não dispõe de poder de consumo⁴⁴.

43. A respeito do relatório sobre o Desenvolvimento Humano de 1999, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), ver matéria publicada nos jornais Folha de São Paulo, Caderno Brasil, p. 1-13, 11 de julho de 1999 e O Estado de São Paulo, Caderno Geral, p. A17-A22, 11 de julho de 1999.

44. Ao dualismo estrutural e econômico que marca a experiência brasileira, cabe adicionar que a implementação dos direitos humanos vê-se ainda condicionada à necessidade de fortalecimento do processo democrático, tendo em vista todas as dificuldades decorrentes da herança de três séculos de dominação colonial combinados com regime autoritário recentemente abolido por gradativo processo de transição democrática.

Ressalte-se que os próprios formuladores do Consenso de Washington, dentre eles Joseph Stiglitz, Vice-Presidente do Banco Mundial, hoje assumem a necessidade do “Pós-Consenso de Washington”, capaz de incluir temas relativos ao desenvolvimento humano, à educação, à tecnologia e ao meio ambiente – enfim, entende-se fundamental apontar as funções que o Estado deve assumir para assegurar um desenvolvimento sustentável e democrático. Essas questões não foram abordadas pelo Consenso de Washington e hoje há o reconhecimento expresso da gravidade comprometedora dessa lacuna.

Diante desse quadro, é essencial que a voracidade do ímpeto das futuras reformas constitucionais considere as demandas sociais impostas pela nova agenda “Pós-Consenso de Washington”.

Emerge o desafio da construção de um novo paradigma pautado por uma agenda de inclusão social. Há o desafio de recuperar a prevalência dos direitos humanos como valor paradigmático e referencial, na busca de um novo consenso (Pós-Washington) que aponte ao desenvolvimento sustentável, mais igualitário e democrático.

Para a construção dessa nova ordem, importa resgatar as lições de Canotilho, para quem “o mundo não é uma ordem fixa, nem uma ordem derivável da natureza humana. (...) A possibilidade e a necessidade da conformação social significa que o mundo não está em ordem, mas sim que a ordenação é sempre um problema central e aberto.”⁴⁵

Em um contexto cada vez mais marcado pela relação entre Estados, regiões e instituições internacionais, o próximo milênio tem como maior débito e desafio a globalização da democracia e dos direitos humanos. Ao imperativo da eficácia econômica deve ser conjugada a exigência ética de justiça social, inspirada em uma ordem democrática que garanta o pleno exercício dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

45. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 1989, p. 70.

REFORMA POLÍTICA DO ESTADO E DEMOCRATIZAÇÃO

Alexandre de Moraes*

Sumário: 1. Introdução. 2. Democracia e representação política. 3. Crise no sistema representativo. 4. Partidos políticos – o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar e o total desligamento do parlamentar com seu partido político. 5. Grupos de pressão. 6 Fortalecimento exagerado dos grupos de pressão direta e indireta e enfraquecimento dos partidos políticos. 7. Modos de abordagem e contato entre os grupos de pressão e o governo. Técnicas de persuasão dos grupos de pressão. 8. O termo lobby. 9. Necessidade de regulamentação e controle dos grupos de pressão. 10. Participação popular – plebiscitos/referendos/iniciativa de lei. 11. Conclusões.

* Promotor de Justiça do Estado de São Paulo e Professor de Direito Constitucional, Administrativo e Direitos Humanos no Curso Preparatório para Concursos Jurídicos – CPC e na Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de estudo centrado nas dificuldades da representação política como sustentáculo da Democracia. A partir de uma breve análise sobre as noções democráticas e da representação política, constatar-se-á que a crise da representação popular e da própria organização e funcionamento dos partidos políticos – que não conseguiram evoluir no sentido de servirem como eficazes instrumentos de efetiva representação dos interesses do povo no Parlamento – incentivou o surgimento e fortalecimento de novos caminhos de representação popular no processo decisional do Estado. Dessa forma, paralelamente ao retorno de institutos antigos de democracia semidireta, a vida política estatal vê de forma crescente a participação da própria sociedade civil na tomada de decisões políticas, ora de forma organizada (associações, grupos de pressão, direito de petição), ora de forma desorganizada e efêmera, no exercício do direito de reunião e manifestação (passeatas em defesa de específico objeto)¹.

Da democracia meramente representativa passamos à democracia participativa, onde ao lado dos tradicionais partidos políticos, passamos a encontrar a própria sociedade civil tentando concretizar a vontade soberana do povo nas manifestações do Estado².

Neste estudo, serão feitas breves considerações sobre essa complexa questão, para, a partir do apontamento de alguns problemas existentes, pensarmos em um novo modelo de aprimoramento da representação política no Estado, e, em especial, de aproximação dos partidos políticos com o povo.

2. DEMOCRACIA E REPRESENTAÇÃO POLÍTICA

A defesa de um Estado Democrático pretende, precipuamente, afastar a tendência humana ao autoritarismo e concentração de poder. Como ensina Giuseppe de Vergottini, o Estado autoritário, em breve síntese, caracteriza-se pela concentração no exercício do poder, prescindindo do consenso dos governados e repudiando o sistema de organização liberal, principalmente a separação das funções do poder e as garantias individuais³.

-
1. Conferir extenso e completo estudo sobre a soberania popular: BAPTISTA, Eduardo Correia. A soberania popular em direito constitucional. In: MIRANDA, Jorge, Org. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1. p. 481.
 2. Importante classificação em relação à participação política do cidadão é feita por Dalmo Dallari, ao apontar que “no relacionamento entre o governo de um Estado e os seus cidadãos que possam exercer direitos políticos há quatro atitudes possíveis: adesão, colaboração, omissão e oposição” (O renascer do direito. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 124).
 3. Diritto costituzionale comparato. Padova: Cedam, 1981. p. 589.

Maurice Duverger, ao analisar a complexidade da conceituação da democracia, nos aponta que “a definição mais simples e mais realista de democracia: regime em que os governantes são escolhidos pelos governados; por intermédio de eleições honestas e livres”⁴. Destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, de fato, “a Democracia, no plano político, que é a máxima identificação dos governantes e dos governados, implica num estatuto do poder. Um estatuto tal que os governantes sejam a imagem dos governados”, para a seguir concluir que “a Democracia, como Proteu, muda frequentemente de aparência. Quem tentar examiná-la no pormenor na maior parte das vezes ficará desorientado. Depois de haver consagrado tantos capítulos à Democracia, ei-la que retorna com uma nova roupagem”⁵.

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, é proclamado no caput do artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, para mais adiante, em seu artigo 14, proclamar que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: plebiscito; referendo; iniciativa popular”.

Canotilho e Moreira informam o alcance do princípio democrático, dizendo que: “A articulação das duas dimensões do princípio democrático justifica a sua compreensão como um princípio normativo multiforme. Tal como a organização da economia aponta, no plano constitucional, para um sistema econômico complexo, também a conformação do princípio democrático se caracteriza tendo em conta a sua estrutura pluridimensional. Primeiramente, a democracia surge como um processo de democratização, entendido como processo de aprofundamento democrático da ordem política, econômica, social e cultural. Depois, o princípio democrático recolhe as duas dimensões historicamente consideradas como antitéticas: por um lado, acolhe os mais importantes elementos da teoria democrática-representativa (órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário, separação de poderes); por outro lado, dá guarida a algumas das exigências fundamentais da teoria participativa (alargamento do princípio democrático a diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, incorporação de participação popular directa,

4. Os partidos políticos. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 387.

5. Os partidos políticos nas constituições democráticas. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais / Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966. p. 99. Conferir, ainda, sobre a definição de democracia: CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Sistemas eleitorais x representação política. (Tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). São Paulo: 1997. p. 9.

reconhecimento de partidos e associações como relevantes agentes de dinamização democrática etc.)”⁶.

Assim, o princípio democrático exprime fundamentalmente a exigência da integral participação de todos e de cada uma das pessoas na vida política do país, a fim de garantir-se o respeito à soberania popular, no sentido que lhe empresta Marcello Caetano, para quem a soberania consiste em “um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos”⁷.

Podemos citar, a título exemplificativo, várias Constituições estrangeiras que expressam o necessário exercício da soberania popular na condução dos negócios políticos do Estado:

- Artigo 48, item 1, da Constituição da República Portuguesa – Todos os cidadãos têm o direito de tomar parte na vida política e na direcção dos assuntos públicos do país, directamente ou por intermédio de representantes livremente eleitos.

- Artigo 49 da Constituição da República Portuguesa – Têm direito de sufrágio todos os cidadãos maiores de dezoito anos, ressalvadas as incapacidades previstas na lei geral. O exercício do direito de sufrágio é pessoal e constitui um dever cívico.

- Artigo 108 da Constituição da República Portuguesa – O poder político pertence ao povo e é exercido nos termos da Constituição.

- Artigo 109 da Constituição da República Portuguesa – A participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos públicos.

- Artigo 48 da Constituição da Itália – São eleitores todos os cidadãos, homens e mulheres, que atingirem a maioridade. O voto é pessoal e igual, livre e secreto. O seu exercício é dever cívico. O direito de voto não pode ser limitado, exceto por incapacidade civil ou por efeito de sentença penal irrevogável ou nos casos de indignidade moral, indicados pela lei.

6. CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 195.

7. Direito constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 169.

- Artigo 20 da Lei Fundamental Alemã – Todo o poder estatal emana do povo. É exercido pelo povo por meio de eleições e votações e através de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

- Artigo 134 da Constituição da República de Cuba – Em toda eleição e nos referendos, o voto é livre, igual e secreto. Cada eleitor tem direito a um só voto.

- Artigo 23 da Constituição espanhola – Os cidadãos têm o direito a participar dos assuntos públicos diretamente ou por meio de seus representantes, livremente eleitos em eleições periódicas por sufrágio universal.

- Artigo 68 da Constituição espanhola – O Congresso se compõe de um mínimo de 300 e um máximo de 400 Deputados, eleitos por sufrágio universal, livre, igual, direto e secreto, nos termos estabelecidos na lei.

- Artigo 43 da Constituição da Confederação Suíça – Qualquer cidadão de um cantão é cidadão suíço. A este título, pode tomar parte, no lugar do seu domicílio, em todas as eleições e votações em matéria federal, após ter devidamente justificado a sua qualidade de eleitor.

- Artigo 37 da Constituição da Nação Argentina – Esta Constituição garante o pleno exercício dos direitos políticos, com respeito ao princípio da soberania popular e das leis que edite em consequência. O sufrágio é universal, igual, secreto e obrigatório. A igualdade real de oportunidades entre homens e mulheres para o acesso a cargos eletivos e partidários se garantirá por ações positivas na regulamentação dos partidos políticos e em seu regime eleitoral.

Como é possível verificar, a partir do Direito Constitucional comparado, modernamente a soberania popular é exercida em regra por meio da democracia representativa, sem contudo descuidar-se da democracia participativa, uma vez que são vários os mecanismos de participação mais intensa do cidadão nas decisões governamentais (plebiscito, referendo, iniciativa popular), bem como são consagrados mecanismos que favorecem a existência de vários grupos de pressão (direito de reunião, direito de associação, direito de petição, direito de sindicalização)⁸.

Carl J. Friedrich define a representação política como “o processo por meio do qual a influência de toda a cidadania, ou parte dela, sobre a ação governamental, se exerce, com sua aprovação expressa e em seu nome, por um pequeno número de pessoas, com efeitos obrigatórios para os representados”⁹.

8. Como salienta Dalmo Dallari, “a atividade de governo é essencialmente política e só por inconsciência ou demagogia é que alguém, participando de um governo, pode afirmar-se apolítico”. (O renascer do direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 93).

9. Gobierno constitucional y democracia. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 16 e segs.

Ressalte-se, porém, que a representação política não deve ser meramente teórica, pois uma democracia autêntica e real exige efetiva participação popular nas decisões governamentais, e, em especial, na escolha de seus representantes. Mister se faz a adequação de mecanismos que ampliem a eficácia da representatividade, sejam preventivos, a partir de um maior interesse do cidadão nas eleições, sejam repressivos, por meio de práticas de democracia semidireta, pois, como adverte Dalmo Dallari, a crise da democracia representativa pode gerar regimes autoritários, pois, “se o povo não tem participação direta nas decisões políticas e se, além disso, não se interessa pela escolha dos que irão decidir em seu nome, isso parece significar que o povo não deseja viver em regime democrático, preferindo submeter-se ao governo de um grupo que atinja os postos políticos por outros meios que não as eleições”¹⁰.

3. CRISE NO SISTEMA REPRESENTATIVO

Diferentemente do Estado Liberal, onde o Poder Legislativo, como detentor da vontade geral do povo, predominava dentre os demais poderes, a partir do Estado Social, o Poder Executivo vem assumindo, cada vez mais, o papel de grande empreendedor das políticas governamentais, relegando a um segundo plano o Parlamento e, conseqüentemente, os partidos políticos, e fazendo surgir, com mais força e vitalidade, por absoluta necessidade, outros atores da competição política. Assim, a idéia básica do Estado Liberal, onde a crença da soberania popular e da representação política permaneciam intocáveis, como instrumentos infalíveis da participação da sociedade no poder, foi afastada pela chegada do Estado Social, como bem salientado por Fábio Konder Comparato, demonstrando claramente que, diante das grandes transformações socioeconômicas, os representantes do povo muito pouco decidem, e os que decidem, carecem de grande representatividade política¹¹.

O problema central da representação política, portanto, acaba por consistir na impossibilidade de aferir-se a compatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar¹².

Dentre outras importantes causas, poder-se-iam apontar três primordiais para esse distanciamento entre representantes e representados: o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento.

10. O renascer do direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 131.

11. COMPARATO, Fábio Konder et alii. Brasil sociedade democrática. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985. p. 398.

12. Maurice Duverger, em relação à representação política, afirma que “o problema fundamental consiste em medir o grau de exatidão da representação, isto é, o grau de coincidência entre a opinião pública e a sua expressão parlamentar”. (Os partidos políticos. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 406).

A crise representativa demonstra uma maior necessidade de reaproximação do povo com o governo, ou seja, dos representados com os representantes¹³.

A reaproximação do povo com o governo traz novamente à tona o combate entre as idéias de representante-delegado e representante-fiduciário. A primeira idéia consiste no mandato imperativo defendido por Rousseau, que aponta que “a soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alheada. Consiste essencialmente na vontade geral, e esta vontade não se representa. É a mesma ou é outra, e nisto não há termo médio. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser, seus representantes, são simplesmente seus comissários que não estão aptos a concluir definitivamente. Toda lei que o povo pessoalmente não retificou é nula e não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre e engana-se. Não o é senão durante a eleição dos membros do Parlamento. Uma vez estes eleitos, torna-se escravo e nada mais é. Nos curtos momentos de sua liberdade, o uso que dela faz bem merece que a perca”¹⁴. A segunda consiste na idéia de mera representação, com características bem definidas, como ressaltada por Norberto Bobbio, para quem “as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais, por representante, entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria”¹⁵.

Nesse sentido, Dalmo Dallari afirma que “é indispensável que se queira, efetivamente, melhorar o sistema representativo. Como é evidente, a manutenção de falhas e dos vícios aumenta o descrédito dos corpos representativos e o conseqüente desinteresse popular pelas eleições”¹⁶.

A crise no sistema representativo faz com que haja o crescimento das reivindicações pela desburocratização das práticas e das organizações da representação política, para que os processos decisórios tendam a uma maior informalidade e

13. Dalmo de Abreu Dallari faz consciente análise da crise do Estado e crise de governo (O renascer do direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 96 e segs.). Conferir, ainda, sobre a crise e deformação do sistema representativo: SILVA, José Afonso. Perspectivas e futuríveis. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes, Coord. Perspectivas do direito público. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 145.

14. ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Tradução Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995. p. 105.

15. O futuro da democracia. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 42.

16. O renascer do direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 132. Nesse mesmo sentido salienta Mônica Caggiano, ao analisar a representação política, afirmando haver necessidade de “nova abordagem da mecânica representativa, agora já não mais quanto a ótica do veículo, mas colocando sob mira precisa e direta as técnicas utilizadas no âmbito do processo pelo qual o povo intervém no jogo político, selecionando e indicando seus representantes”. (CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Sistemas eleitorais x representação política. (Tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). São Paulo: 1997. p. 2).

participação da vontade geral. Paralelamente a essa crise das instituições políticas, desenvolve-se uma grave e séria crise das formas de trabalho, da organização econômica, das relações dos vários setores do capital, do sistema empresarial, do sistema sindical, do papel do Estado no sistema produtivo. Essas idéias somadas acabam por desaguar, inexoravelmente, na crise dos partidos, do engrandecimento dos movimentos sociais e no neocorporativismo.

A crise partidária caracteriza-se, basicamente, pela incapacidade dos partidos de filtrar as demandas e reclamos sociais e transformá-los em decisões políticas. Conforme já ressaltado, a crescente presença do Estado na ordem econômica e o crescimento da burocracia estatal terminaram por fazer dos partidos meros indicadores de burocratas para a ocupação de cargos de relevância e não mais verdadeiros defensores dos ideais populares pelos quais seus representantes foram eleitos.

Dessa forma, o partido político deixa de constituir-se no único, e talvez deixe também de constituir-se no mais importante, coletor das aspirações populares e direcionador das decisões políticas do Estado¹⁷.

Em virtude disso, Carl J. Friedrich, após analisar inúmeras formas de representação política, aponta seus diversos problemas e conclui pela necessidade de uma reformulação da idéia de fundar a democracia na representação política territorial – representantes/representados – entendendo necessária uma maior participação popular, por meio de grupos de pressão¹⁸.

A partir do declínio do sistema representativo político, surgem diversos grupos de participação política que, juntamente com os partidos políticos, tornam-se importantes atores da competição, pois, como lembra Mônica Caggiano, “o que se busca hoje, na realidade, é a identificação máxima entre sujeitos e titulares do poder, porquanto nos moldes democráticos deve restar assegurado aos próprios governados o exercício do poder político”¹⁹.

A ausência de correspondência da democracia meramente representativa aos anseios populares, portanto, abriu caminho para a democracia participativa, onde os grupos de pressão surgem para exigir seu espaço no cenário do exercício do poder político.

17. José Filomeno de Moraes Filho aponta algumas causas do desprestígio dos partidos políticos no Brasil (A construção democrática. Fortaleza: UFC, 1998. p. 71).

18. Gobierno constitucional y democracia. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 16 e segs.

19. CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Sistemas eleitorais x representação política. (Tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). São Paulo: 1997. p. 6.

Na democracia participativa, é inevitável a idéia de existência de grupos de pressão que passam a dividir com os partidos políticos a participação no processo decisional. Essa maior participação eleva os custos da democracia, por provocar a politização dos diversos segmentos sociais, porém diminui os riscos externos da decisão ser afastada por ausência de legitimidade popular.

Portanto, a partir da crise enfrentada pelo sistema representativo, bem como pela acentuada substituição do Estado Liberal pelo Estado Social, deixa o partido político de ser o único ator nas decisões governamentais, passando a atuar paralelamente com as associações gerais, as associações especificamente com finalidades políticas lobbies, os grupos institucionais (sindicatos), os grupos anônimos e a própria imprensa. A par desse ingresso da democracia participativa na tomada de decisões governamentais, valorizam-se os instrumentos de participação mais direta do povo nas decisões políticas, revitalizando-se os institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei.

Essa constatação é confirmada por F. Badia, ao lembrar que “já há algum tempo, os cientistas da política vêm dispensando atenção, cada vez com maior frequência e com um maior conhecimento do assunto, à influência que as forças econômicas, sociais e espirituais organizadas vêm exercendo sobre todos os regimes políticos, na sua atividade legislativa e governamental, mas em especial sobre os regimes de democracia pluralista. Em anos recentes, houve uma proliferação de estudos sobre essa questão, em particular nos países anglo-saxônicos e na França”, para concluir que “a cada ambiente histórico, cultural, econômico e social ou institucional, correspondem segundo Sartori grupos de pressão que, em um certo sentido, serão únicos, isto é, corresponderão aos sistemas em que operam”²⁰.

Essa evolução coordenada pela necessidade histórica de maior proximidade e participação popular na tomada das decisões políticas, torna necessário o estudo dos principais atores políticos na democracia participativa, quais sejam, os partidos políticos e os diversos grupos de pressão (associações, reuniões, lobbies, sindicatos); além do que, torna-se imprescindível a análise da nova atuação popular por meio dos mecanismos de democracia semidireta e uma reformulação do mecanismo de atuação partidário.

4. PARTIDOS POLÍTICOS – O DESVIRTUAMENTO DA PROPORCIONALIDADE PARLAMENTAR E O TOTAL DESLIGAMENTO DO PARLAMENTAR COM SEU PARTIDO POLÍTICO

A Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito,

20. Partidos – grupos de pressão. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987. p. 21.

afirmando a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os preceitos de caráter nacional; proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes; prestação de contas à Justiça Eleitoral e funcionamento parlamentar de acordo com a lei²¹.

A Carta Magna assegura aos partidos políticos autonomia²² para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias, sendo vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral e terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

A necessidade de organização de partidos políticos surge com a perspectiva de racionalização do poder, que, conforme salienta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, é “segundo Mirkine-Guétzévich, o pai da expressão, um esforço para enfermer dans le réseau du droit écrit l’ensemble de la vie politique”, concluindo que foi ela, inicialmente, “uma tentativa de suprir, por meio de regras jurídicas, a ausência das condições necessárias ao desenvolvimento da Democracia”²³.

Os partidos políticos são instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito²⁴, devendo o ordenamento jurídico consagrar plena liberdade de criação, organização, funcionamento e extinção²⁵.

21. Raul Machado Horta, ao analisar historicamente a importância do surgimento dos partidos políticos, recorda que “o funcionamento do regime de governo é fortemente influenciado pela atuação dos partidos políticos e muitas vezes essa influência altera as regras jurídicas que estruturam o regime nas normas constitucionais (...). A emergência do Partido Político deslocou o centro das decisões no regime parlamentar. Mathiot assinalou que o elemento essencial do parlamentarismo continental europeu, como no regime parlamentar, de modo geral, reside na responsabilidade do Governo perante a Câmara, enquanto no parlamentarismo britânico a atuação dos Partidos Políticos modificou a relação para tornar a responsabilidade política de natureza eleitoral e não apenas parlamentar” (Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 704).

22. Cf. sobre o tema: STRASSER, Carlos. Teoria del Estado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 34.

23. Os partidos políticos nas Constituições democráticas. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais / Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966. p. 21.

24. CHIMENTI, Carlo. Manuale di diritto público. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 286. Conferir, ainda, STRASSER, Carlos. Teoria del Estado. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. p. 34.

25. Ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “consequência lógica da concepção “molecular” da Democracia, a liberdade de criação dos partidos é consagrada pela ordem constitucional democrática (...). Adotam assim a tese pluralista, considerando que a possível fragmentação da vontade política do povo é um mal menos grave do que a sua apropriação por um grupo, que logo degenerará em oligarquia”. (Os partidos políticos nas Constituições democráticas. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais / Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966. p. 114).

Porém, a crise do sistema representativo encontra-se umbilicalmente ligada à crise dos partidos, pois, conforme salienta Miguel Reale Júnior, “enquanto na Europa vive-se a crise da democracia dos partidos, partidos de massa que se revelam incapazes de satisfatoriamente aglutinar os segmentos sociais, de se fazerem intérpretes das aspirações concretas, veículos impróprios para efetiva participação política, no Brasil é mister iniciar a obra da ligação entre a Sociedade Civil e o Estado pelo fortalecimento dos partidos políticos”²⁶.

A democracia de partidos, portanto, apresenta diversos problemas que devem ser solucionados e adequados aos novos métodos políticos, desde a própria existência de democracia interna, até a própria imposição majoritária de suas idéias em respeito aos direitos da minoria²⁷.

Como exemplo de adequação, podemos citar o artigo 114 da Constituição da República Portuguesa, ao prever que “os partidos políticos participam nos órgãos baseados no sufrágio universal e directo, de acordo com a sua representatividade eleitoral, reconhecendo às minorias o direito de oposição democrática, nos termos da Constituição e da lei”.

A título exemplificativo, entendemos importante citar algumas previsões constitucionais sobre partidos políticos do Direito Comparado:

- Artigo 51 da Constituição da República Portuguesa – A liberdade de associação compreende o direito de constituir ou participar em associações e partidos políticos e de através deles concorrer democraticamente para a formação da vontade popular e a organização do poder político (...). Os partidos políticos devem reger-se pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democráticas e da participação de todos os seus membros.

- Artigo 49 da Constituição da Itália – Todos os cidadãos têm direito de se associar livremente a partidos para concorrerem, com método democrático, na determinação da política nacional.

- Artigo 21 da Lei Fundamental Alemã – Os partidos colaboram na formação da vontade política do povo. A fundação é livre. A sua organização interna tem de corresponder aos princípios democráticos. Eles têm de prestar contas publicamente sobre a origem e a aplicação de seus recursos, bem como sobre seu patrimônio.

26. Casos de direito constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 113.

27. Antonio D'Antena salienta a necessidade de tutelar-se os interesses políticos da minoria, no sistema majoritário, afirmando, inclusive, a substituição da expressão “princípio majoritário” pela expressão “princípio majoritário-minoritário” (Il principio democratico nel sistema dei principi costituzionali. In: MIRANDA, Jorge, Org. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1. p. 446).

- Artigo 38 da Constituição da Nação Argentina – Os partidos políticos são instituições fundamentais do sistema democrático. Sua criação e o exercício de suas atividades são livres dentro do respeito a esta Constituição, que garante sua organização e funcionamento das minorias, a competência para a postulação de candidatos a cargos públicos eletivos, o acesso a informação pública e a difusão de suas idéias.

Os partidos políticos e o próprio jogo democrático, portanto, como instrumentos de formação e expressão da vontade política popular, devem sofrer alguns aprimoramentos, sempre com a finalidade já ressaltada de aproximação da vontade do povo àquela expressa pelo Parlamento.

Esse aprimoramento inicial deve surgir em relação às regras de participação partidária e acesso à disputa de cargos eletivos, uma vez que nossa Constituição Federal somente permite a elegibilidade por meio de filiação partidária²⁸.

A reforma política do Estado necessita, pois, de uma maior democratização dos quadros partidários, possibilitando o acesso e disputa igualitários a todos aqueles que pretendam disputar cargos eletivos.

Dalmo Dallari reforça os defensores da necessidade de uma reforma política urgente, acrescentando que “o interesse popular só virá com a melhoria do sistema de escolha dos representantes. E para que isso ocorra é indispensável um debate amplo e sem condicionamentos prévios, para que da própria realidade brotem soluções, de nada adiantando a fixação teórica e artificial de preceitos e diretrizes, muito bons em tese mas completamente desligados da realidade”²⁹.

Maurice Duverger nos aponta alguns problemas relacionados à democracia de partidos, afirmando que “a estrutura interna dos partidos pode modificar, muito profundamente, esse estado de coisas. Os partidos de quadros, que não têm base financeira sólida e vivem em perpétuas dificuldades de dinheiro, são sempre sensíveis aos candidatos que custeiam os gastos da campanha: oficialmente, o partido escolhe o candidato; praticamente, a investidura se obtém sem grandes dificuldades (...). O grau de centralização do partido exerce, igualmente, influência sobre a liberdade das candidaturas. Em partidos descentralizados, os candidatos são escolhidos no escalão local, por diretórios que sofrem facilmente a influência das personalidades da terra; nos partidos centralizados, em que a direção nacional aprova as candidaturas, a investidura partidária se obtém menos facilmente”³⁰.

28. O sistema eleitoral brasileiro na atualidade é analisado por Clémerson Merlin Clève (Temas de direito constitucional. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 91).

29. O renascer do direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 132. Conferir, ainda, sobre a necessidade de uma reforma partidária urgente: TEMER, Michel. Constituição e política. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 32.

30. Os partidos políticos. Rio de Janeiro: Zahar, 1970. p. 393.

Essa maior democracia interna nos partidos políticos evitaria a indesejada proliferação partidária³¹, com a criação de inúmeros partidos sem qualquer mensagem ideológica ou social, simplesmente como “meras legendas de aluguel”, que ao invés de fortalecerem a democracia acabam por fragilizá-la e ridicularizá-la perante o eleitorado.

Essa fragilização da democracia, em virtude da proliferação partidária, também é salientada por Dalmo Dallari, ao verificar o pressuposto de que “cada partido político representa um diferente ponto de vista quanto a aspectos básicos da organização social ou quanto à orientação política do Estado”, e, logo após, concluir que “é inútil do ponto de vista político, e sem qualquer autenticidade, um sistema de partidos que, além de não serem veículos de idéias e aspirações, são muito semelhantes entre si e não têm qualquer interferência nas modificações da estrutura social e muito menos na composição e orientação do Governo”.³²

Concordarmos, pois, com a crítica feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em relação à multiplicação infinita dos partidos, ao expor que as democracias “não pretendem contudo estimular a multiplicação infinita dos pequenos partidos. Ao mesmo tempo em que deixam a porta aberta à formação de novos partidos correspondendo a novas idéias, a novas necessidades, tentam impedir a constituição de pequenas facções, de pequenos grupos inexpressivos, mas, por vezes, perigosos. De fato, tais grupos são mais facilmente corrompidos pelo dinheiro, ou conquistados por uma camarilha, do que defluem interferências indevidas no processo de formação da vontade geral. Em si mesma, a multiplicidade dos partidos é um obstáculo ao funcionamento do regime parlamentar, pois, se nenhum dos partidos tem a maioria absoluta, os governos são necessariamente de coalizão e, em consequência, quase tíbios e instáveis”³³.

31. A multiplicação partidária é criticada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho da seguinte forma: “Qual a razão que leva a essa multiplicação de partido? Há, sem dúvida, condições sociais que estimulam essa multiplicidade partidária. Um estudioso politicamente correto arrolaria aqui as diversidades regionais, as desigualdades, a pluralidade de idéias e doutrinas políticas, os reflexos da história, etc. Estaria certo; no secundário, não se teria apercebido do principal. Na verdade, salvo casos excepcionais de partidos programáticos, o partido é visto no Brasil como um instrumento, e nada mais do que isso, para a conquista do poder, ou, talvez, mais precisamente, para o acesso ao poder. Aquele que pretende alcançá-lo (a prazo mais curto), elegendo-se Governador, ou Presidente da República, entra para um dos grandes, o que no mais das vezes se tornaram grandes por terem sido o partido do governo ou o partido da oposição em vias de se tornar governo. O que vê esse caminho barrado por outros, que foram mais rápidos, não raro cria o seu partido, com o qual abre caminho para partilhar das barganhas políticas e, sobretudo, para ter acesso à propaganda gratuita pelo rádio e pela televisão”. (O parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 83).

32. O renascer do direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 134.

33. Os partidos políticos nas Constituições democráticas. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais/ Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1966. p. 114.

Equacionados esses problemas de organização partidária, retorna-se à idéia da necessidade de equacionamento de três básicos problemas da democracia representativa: o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento.

A representação proporcional parlamentar pretende assegurar a cada partido político uma representação no Parlamento correspondente à sua força numérica na Sociedade, de maneira a refletir-se no Poder Legislativo, da maneira mais transparente e próxima possíveis, as diversas ideologias presentes na comunidade³⁴.

Esse critério, porém, sofre no Direito brasileiro um grave desvirtuamento, pois a Constituição Federal determina a realização dos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma das unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta deputados na Câmara dos Deputados, o que acaba por perpetuar a existência de graves distorções em relação à citada proporcionalidade, favorecendo Estados-membros com menor densidade demográfica em prejuízo dos mais populosos, e acabando por contradizer regra democrática básica da igualdade do voto – one man one vote.

Obviamente, não se poderia pensar em reforma política do Estado sem o equilíbrio dessa grave distorção democrática, que acaba por distanciar a vontade expressa pelo Parlamento da vontade da maioria popular.

O total desligamento do parlamentar com seu partido político após a eleição é outro grave problema da democracia representativa, que acaba por distanciar a vontade popular da expressão parlamentar³⁵.

34. Manoel Gonçalves Ferreira Filho critica a opção pelo sistema proporcional, afirmando que: "Justifica-se essa representação proporcional pela justiça, ou seja, aponta-se que ela dá ao partido força equivalente na Câmara àquela que tem no eleitorado. Ao contrário, todo sistema majoritário tende a provocar a super-representação da maioria, sub-representação da minoria, ou das minorias. Seria, pois, injusto. Mas a questão não é de justiça, é de governabilidade. O sistema majoritário leva à definição de uma maioria no Parlamento, seja a de um partido no bipartidarismo à inglesa, seja a de uma coalizão relativamente estável no pluripartidarismo à francesa; a representação proporcional, não. Por isso, o sistema majoritário dá sustentação ao governo e, assim, enseja a governabilidade, enquanto a representação proporcional não dá sustentação ao governo, muito menos favorece a governabilidade. Ademais, a representação proporcional não contribui para a democratização das instituições e do Parlamento. Sim, porque a maioria que há de pronunciar-se pelas Câmaras constituídas pelas representações proporcional é fruto não da votação popular, mas das articulações de Gabinete, das barganhas, do fisiologismo, do "é dando que se recebe" (O parlamentarismo. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 86).

35. Michel Temer coloca-nos algumas constatações em relação às eleições e partidos políticos (Constituição e política. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 24).

Aprimorando-se a democratização interna dos partidos políticos, bem como a proporcionalidade representativa, haveria a possibilidade de introduzir-se no sistema político brasileiro algumas normas de fidelidade partidária³⁶.

Note-se que a realização das duas primeiras medidas parece-nos condição essencial para a introdução dessas últimas regras, sob pena da introdução de uma ditadura de partidos políticos.

Dessa forma, inicialmente, não nos parece saudável à democracia a introdução da absoluta fidelidade partidária, inclusive com a perda do mandato político em razão de voto parlamentar contrário à indicação do partido ou mesmo pela troca de partido político, pois isso poderia levar a um policiamento totalitário e arbitrário em relação à consciência parlamentar.

Não podemos deixar de ter em mente a advertência feita por Marcel Waline, quando aponta o perigo da doutrina absoluta de um partido político, afirmando que nessas hipóteses “a doutrina do partido se eleva, então, ao nível de uma Weltanschauung, isto é, de uma filosofia do mundo. Ela tem resposta para tudo. Mas, tenhamos precaução: desse fato só, que faz sua força, um partido dominado por uma doutrina tão larga, abrangendo todas as ordens de idéias, torna-se quase necessariamente um partido totalitário. Se ele triunfa e conquista o poder, o que é o objetivo de todo partido, vai pretender impor a todos os governados sua própria Weltanschauung. Assim, o partido que realiza plenamente sua definição e vocação, aquele que é absolutamente e cem por cento um partido, tende irresistivelmente, e pela força de uma lógica interna, à intolerância e ao totalitarismo”³⁷.

Porém, se a ameaça de uma ditadura de partidos políticos deve ser afastada, outras regras não tão extremadas poderiam ser adotadas, para que a representação popular no Parlamento configurasse mais fielmente o voto conferido nas urnas.

Regras, por exemplo, como de adoção de uma espécie de quarentena política para o parlamentar que, eleito por um determinado partido político – utilizando-se pois de seu coeficiente partidário –, muda-se de partido sem justificativa plausível. Nessas hipóteses, o deputado ficaria inelegível por determinado tempo. Note-se que ao parlamentar deve sempre ser dado o direito de defesa, pois uma justificativa plausível para a troca partidária não poderia prejudicá-lo. Ou ainda, a impossibilidade de assunção do cargo de parlamentar ao suplente que antes de sua posse já mudara de

36. A fidelidade partidária é brevemente analisada por José Filomeno de Moraes Filho (A construção democrática. Fortaleza: UFC, 1998. p. 41).

37. Partidos – grupos de pressão. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987. p. 9.

partido, demonstrando, assim, total desligamento com as idéias partidárias que colocaram-no como suplente.³⁸

Interessante, também, seria a introdução de mecanismos constitucionais semelhantes ao recall norte-americano, concedendo-se ao eleitorado legitimidade para a propositura de procedimento de perda do mandato eletivo do representante cuja atuação parlamentar tenha violado os preceitos constitucionais e legais³⁹.

Por fim, a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento e outros órgão do Governo representa tão grave perigo à democracia representativa e aos partidos políticos que será tratado em tópico autônomo.

5. GRUPOS DE PRESSÃO

A ação dos grupos sobre o processo político, conforme salienta Murillo Aragão, não é um fato recente na história da humanidade, pois os sistemas políticos da antiguidade já o conheciam. Citando Karl Deutsch, o autor relembra que os antigos reinos nos vales dos rios da Índia, Mesopotâmia e Egito permitiram dois grupos de pressão: guerreiros e sacerdotes; os guerreiros pretendiam tornar-se nobres e os sacerdotes aspiravam ser proprietários de terras⁴⁰.

Seria um erro evidente considerarmos o fenômeno dos grupos de pressão como sendo privativo do século XX, pois o século XIX oferece exemplos relevantes de pressões. O que acontece é que, no seio do Welfare State aumentou enormemente a esfera de competência dos poderes públicos, que traz consigo a natural consequência da progressiva dependência dos governados e de seus interesses no processo decisório político. Daí o aumento, em progressão aritmética em alguns casos, em outros geométrica, do número de grupos de pressão que tentam defender – influenciando – os seus interesses perante o Estado ou através do Estado. Inevitáveis nos países onde a organização da vida política não é adequada para o pluralismo social, onde não há

38. Note-se que atualmente, conforme entende o Supremo Tribunal Federal: “em que pese o princípio da representação proporcional e a representação parlamentar federal por intermédio dos partidos políticos, não perde a condição de suplente o candidato diplomado pela Justiça Eleitoral que, posteriormente, se desvincula do partido ou aliança partidária pela qual se elegeu. A inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares empossados se estende, no silêncio da Constituição e da lei, aos respectivos suplentes” (STF – Pleno – MS n. 20.927/DF – rel. Min. Moreira Alves, Diário da Justiça, Seção 1, de 15.4.1994, p. 8.061). No mesmo sentido: STF – Pleno – MS n. 20.916/DF – rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção 1, de 26.2.1993, p. 5.002.

39. Michel Temer, ao analisar o instituto do recall ou voto destituente, recorda que na Assembléia Nacional Constituinte “emenda nesse sentido foi proposta com a ressalva de que a lei complementar disporia sobre a forma de atingir essa penalidade”, concluindo que “a nosso ver, a lei ficaria que certo número de eleitores (seja do Município, do Estado ou da União) teria legitimidade para deflagar, perante a Câmara dos Deputados, o processo de responsabilização política conducente à destituição do governante”. (Constituição e política. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 22).

40. ARAGÃO, Murillo. Grupos de pressão no congresso nacional. São Paulo: Maltese, 1994. p. 18.

partidos políticos ou associações que cumpram uma função análoga à dos partidos políticos.

Como salientado por Ferdinand Lassalle, “os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”⁴¹. A seguir o autor indica vários fatores reais do poder: monarquia, aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária. Por fim afirma que: “Essa é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação”.

Ocorre, entretanto, que esses fatores reais de poder, ao perceberem a ineficiente representatividade popular dos partidos políticos e, conseqüentemente, dos parlamentares, acabam por organizarem-se em grupos de pressão.

Conforme verifica-se historicamente, a atuação organizada de grupos de pressão sobre o Poder Legislativo no Brasil é comprovada desde o século passado, pois como salientado por Mário Augusto Santos, ao exemplificar os grupos de pressão, a Associação Comercial da Bahia, entidade fundada em 1811, atuou em defesa de diversos interesses de seus associados perante o Congresso Nacional durante a Primeira República⁴².

J. Meynaud define os grupos de interesses como sendo “todo grupo de interesse ou de promoção que utiliza a intervenção perante o governo – independente de que seja a título exclusivo, principal ou ocasional – para alcançar a satisfação de suas reivindicações ou a afirmação das suas pretensões”.

Para Sartori, a expressão grupos de pressão é suficientemente exata para saber quais os grupos que devem ser abrangidos por ela: “aqueles que têm condições de exercer pressão em um sentido bastante específico do termo”. O próprio Sartori afirma que a cada ambiente histórico, cultural, econômico e social ou institucional correspondem grupos de pressão que, em um certo sentido, serão únicos, isto é, corresponderão aos sistemas em que operam.

Sartori aponta que os cientistas políticos anglo-saxões utilizavam o termo *pressure groups* e os franceses *groupes d'interêt*. Atualmente, os autores franceses normalmente utilizam a expressão *groupes de pression*, os anglo-saxões se utilizam tanto da

41. O que é a Constituição? essência da constituição. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

42. Associação Comercial da Bahia na Primeira República. Um grupo de pressão. 2. ed. Salvador: ACB, 1991.

expressão *pressure groups* quanto da *interest groups*, inclinando-se para a denominação de grupos de pressão, por ser a expressão grupo de interesse demasiadamente vaga⁴³.

Hugo Natale, por sua vez, argumenta que “a preponderância dos grupos de pressão e de poder constitui uma herança das intrigas de palácio”⁴⁴.

Na doutrina nacional, importante salientarmos a conceituação de Paulo Bonavides e Fábio Nusdeo. Para o primeiro, grupo de pressão se define pelo exercício de influência sobre o poder político, para eventual obtenção de uma determinada medida do governo que lhe favoreça os interesses⁴⁵, enquanto para o segundo, grupos de pressão seriam definidos como qualquer conjunto de pessoas ou entidades que procura obter normas, dispositivos e respectivas interpretações, bem como medidas de um modo geral favorável aos seus intentos⁴⁶.

Relembre-se o discurso do Vice-Presidente Marco Maciel, então Senador da República, pronunciado em 21 de setembro de 1984, no Senado Federal, definindo a origem do termo *lobby*: “a atuação dos grupos de pressão junto aos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e aos Partidos Políticos é conhecida, como se sabe, segundo a expressão inglesa *lobby*, significando as antecâmaras ou ante-salas das repartições ou edifícios utilizados originalmente pelos representantes de tais organizações como locais onde desenvolviam, preferencialmente, o exercício de seus trabalhos. Do vocábulo derivaram *lobbysts*, que designa pessoas que se dedicam àquela atividade e *lobbying*, que exprime o procedimento dessa atividade”⁴⁷.

6. FORTALECIMENTO EXAGERADO DOS GRUPOS DE PRESSÃO E ENFRAQUECIMENTO DOS PARTIDOS POLÍTICOS

Impotência e abandono por parte dos partidos políticos (crise na democracia representativa) fazem com que os diversos grupos sociais se dirijam direta ou indiretamente aos governantes, para exigir destes uma determinada posição política ou político-legislativa, ou para opor-se à já adotada, criando-se os denominados “grupos de pressão”.

43. *Pressure groups or interest groups?* trabalho apresentado no Congresso de Roma à Associação Internacional de Ciência Política em 1958, apud, NATALE, Hugo E. Alvarez. *Contribución al estudio de los grupos de interes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 17.

44. NATALE, Hugo E. Alvarez. *Contribución al estudio de los grupos de interes*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 17.

45. BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. Rio de Janeiro: Forense: 1978. p. 19.

46. NUSDEO, Fábio. *O direito econômico e os grupos de pressão*. *Revista de Direito Mercantil*, n. 31, 1978.

47. *Grupos de pressão e lobby*. Brasília: Senado Federal, 1984.

Dessa forma, esses grupos de interesse ou de promoção passam por um crescimento quantitativo e qualitativo surpreendente, pois todo grupo social que se veja prejudicado em seus objetivos corporativos, e abandonado em razão do distanciamento de seus representantes no Parlamento, passa a procurar mecanismos, nem sempre legais ou moralmente aceitáveis, para influenciar diretamente as instituições do Estado, ou indiretamente a opinião pública, para que isso reflita nas decisões governamentais. Obviamente, os procedimentos de pressão serão mais ou menos variados, dependendo do tipo de meios de participação na vida pública existentes, da qualificação dos integrantes do grupo de pressão e de sua situação econômico-financeira.

Esse fenômeno tornou-se mais latente porque os recentes e modernos interesses sociais são pouco amoldáveis nas arcaicas estruturas partidárias tradicionais.

Importante salientarmos alguns fatores sociais que contribuem para a crise partidária, tais como, perda de centralidade do conflito entre trabalho e capital; excessiva fragmentação dos interesses sociais; fenômenos das agremiações transitórias; perda da centralidade do circuito governo-parlamento como itinerário das decisões políticas; redução da política econômica à política conjuntural e de manobra monetária, que acabaram por inspirar o surgimento e fortalecimento de diversos grupos de interesse, de promoção e de pressão.

Surgem, nesse contexto, os movimentos sociais que congregam vários segmentos heterogêneos da população, passando a constituírem-se em formas de mobilização que ocorrem fora do espaço dos partidos políticos, das associações e dos sindicatos.

Desse modo, ocupam um espaço político próprio, diverso dos tradicionalmente ocupados pelos demais atores da competição política, utilizando-se de antigos e tradicionais direitos constitucionalmente consagrados: direito de reunião, direito de associação, direito de petição e direito de sindicalização.

Importante a observação de F. Badia, para quem "os grupos de interesse e de promoção crescem cada dia mais. Ora, todo grupo de interesse ou de promoção que veja prejudicada a sua razão de ser e seus objetivos por causa de extralimitações do poder público ou da prepotência de outros grupos de sua espécie, e que não ache meios adequados de participação política e social para defender os seus interesses e as suas causas, ver-se-á obrigado a influenciar diretamente sobre as instituições do Estado para salvaguardar seus objetivos próprios ou, então, influenciar indiretamente sobre a opinião pública, tornando-se dessa forma – e circunstancialmente – um grupo de pressão. Os procedimentos de pressão serão mais ou menos variados, dependendo do tipo de maior participação na vida pública existentes"⁴⁸.

48. Partidos – grupos de pressão. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987. p. 19.

Ressalte-se, porém, que o grande problema dos movimentos sociais reside na ausência de mecanismos internos para aceitação de oposição às idéias da maioria. Essa ausência para reconhecer posições divergentes talvez seja a maior diferença entre os movimentos sociais e a representação política tradicional.

Além disso, as condutas e decisões corporativas estão livres das pressões do processo eleitoral e da responsabilidade institucional das decisões políticas. Os arranjos corporativos implicam numa troca de benefícios entre governo e as elites organizadas corporativamente. Essa compensação de vantagens envolve, de um lado, a prestação de serviços estatais de natureza social; de outro, os créditos, subsídios. Atende-se, com essa troca de benefícios, a duas exigências: legitimação política mediante os serviços públicos e reprodução do capital através da gestão política da economia.

O artigo 51 da Constituição da República Portuguesa, pretendendo equacionar essa falta de transparência na atuação dos diversos grupos de pressão, prevê que “a liberdade de associação compreende o direito de constituir ou participar em associações e partidos políticos e de através deles concorrer democraticamente para a formação da vontade popular e a organização do poder político (...). Os partidos políticos devem reger-se pelos princípios da transparência, da organização e da gestão democráticas e da participação de todos os seus membros”.

No caso dos partidos políticos há possibilidade de fixação da responsabilidade de seus representantes, porém, na democracia participativa existe grande dificuldade em responsabilizar os demais atores da competição, e em especial, os grupos de pressão. Verifica-se, pois, uma ausência de visibilidade. Necessária, portanto, a regulamentação da atuação dos demais atores da competição política, para que a tomada das decisões possa se dar em um quadro de maior visibilidade e transparência.

A ampliação do cenário político aceita a participação de atores invisíveis, ou seja, que acabam tendo influência no processo decisório das grandes questões político-institucionais do país, mas sem se identificar, o que gera a total ausência de responsabilidade. É esse o grande problema dos lobbies, pois são grupos profissionalizados que atuam nos bastidores do poder, sem qualquer regulamentação e sem responsabilidade pelas pressões camufladas que exercem. Esses grupos, apesar de estarem por detrás de diversas decisões políticas, não assumem qualquer responsabilidade por elas, sendo pois, atores invisíveis.

Assim, é evidente, conforme afirma Loewenstein, a diferença que há entre os “detentores do poder, oficiais, legítimos, visíveis exteriormente, e aqueles que de forma não oficial, indireta e frequentemente extraconstitucional, influenciam e conformam o processo do poder”. Os lobbies são detentores de poder de fato, mas não titulares desse poder – trata-se de um poder de fato; são normalmente invisíveis, e, conseqüentemente, não são passíveis de qualificação como poderes de direito ou titulares do poder político. Não assumem a responsabilidade direta pela decisão.

Os partidos políticos pretendem conquistar e exercer o poder, enquanto os grupos de pressão não tentam isso, pois procuram exercer uma influência sobre os poderes públicos, em benefício próprio, mas não substituí-los.

Note-se que os partidos políticos – para exercer seu mister – devem apelar previamente à totalidade do eleitorado, independentemente da profissão de cada eleitor individual, e as suas filosofias socio-políticas têm, conseqüentemente, de ser amplas e ao mesmo tempo suficientemente indefinidas para acomodar os interesses de todos. Os grupos de pressão representam interesses homogêneos que tentam exercer uma determinada influência. Os partidos políticos combinam grupos heterogêneos, sendo sua função integradora.

É fundamental, pois, não se confundir os grupos políticos com os grupos de pressão. Os partidos ou qualquer outro tipo de associação política são detentores – o repetimos mais uma vez – de uma visão global da sociedade, portadores de uma forma particular de ver e focalizar a legalidade fundamental estabelecida em função de sua própria perspectiva ideológica.

Diferentemente dos partidos políticos, que são organizações próprias de regimes democráticos ou que querem parecer-se democráticos, os grupos de pressão – em sua acepção mais lata – podem ser encontrados em todos os regimes (socialistas, democratas, totalitários etc.), em todas as épocas.

Os grupos de pressão agem por meio de dupla ação: (1) pressão direta sobre o poder político; (2) pressão indireta sobre a opinião pública.

A pressão indireta é exercida sobre o público e sobre os governantes, sempre atentos à opinião pública. A opinião condiciona o comportamento dos governantes, especialmente nos regimes de democracia pluralista. Todo o poder, independentemente do regime político, leva em consideração a opinião pública. Nesse sentido, o interesse demonstrado pelos grupos de pressão em obter as simpatias da opinião pública, pois, agindo sobre o público, pode-se agir diretamente sobre o poder.

Os grupos de pressão podem ser classificados em:

- grupos de massa – são aqueles baseados no número.
- grupos de quadros – são aqueles baseados não no número, mas sim na qualidade.
- escritórios ou organizações – são os grupos de pressão que se dedicam, profissionalmente, à realização de campanhas públicas.

A pressão pode sofrer variação quando os grupos combinam sua ação direta com uma ação indireta sobre a opinião pública, ou quando se limitam a criar as

condições necessárias no meio social para, desse modo, forçarem o titular do poder na direção que melhor atenda a seus próprios interesses⁴⁹.

7. MODOS DE ABORDAGEM E CONTATO ENTRE OS GRUPOS DE PRESSÃO E O GOVERNO. TÉCNICAS DE PERSUASÃO DOS GRUPOS DE PRESSÃO

Os contatos formalizados entre os diversos grupos de pressão e o governo podem assumir duas formas⁵⁰:

- Contatos oficiais que têm lugar no seio das comissões governamentais.

- Contatos confidenciais e amigáveis. Note-se que esses contatos acabam ocorrendo, apesar da existência de órgãos consultivos oficializados, porque um determinado problema ou pedido não se expõe em público com a mesma liberdade com que é realizado particularmente. Isso acaba por gerar a possibilidade de práticas ilícitas e imorais na Administração Pública.

As técnicas normais e preferencialmente utilizadas pelos grupos de pressão são as da informação, da colaboração, da negociação e do compromisso, e suas correspondentes pressões e sanções sobre a Administração normalmente assumirão a forma da negação de informação e de colaboração ao ministério por parte do lobby. A pressão pode oscilar desde o confusionismo e obstrucionismo até o boicote econômico ou administrativo, além da possibilidade de propaganda nacional e obstrução sistemática.

8. O TERMO LOBBY

O termo lobby é de origem norte-americana e já é empregado em outros países. Em sentido próprio, denota a parte de um prédio que se encontra aberta ao público; trata-se do corredor, vestíbulo e, mais especificamente, os corredores do Parlamento. Em um sentido derivado, nos Estados Unidos da América a palavra lobby passou a ser utilizada para designar a ação de pessoas vindas de fora do Congresso, e que se misturavam aos parlamentares nos corredores do Congresso, posteriormente nos gabinetes e em outros locais, para influenciá-los. A expressão lobby se aplica também aos homens ou grupos que se dedicam a essa atividade, e o verbo lobby é utilizado correntemente para designar as manobras dos lobbysts.

49. Conferir: NATALE, Hugo E. Alvarez. Contribución al estudio de los grupos de interes. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 32.

50. Interessante o estudo de Dayse de Vasconcelos Mayer, que a partir da comparação dos sistemas presidencialistas brasileiro e português faz uma análise sobre a atuação dos grupos de pressão sobre o Poder Executivo (O Presidente da República em Portugal e no Brasil. In: MIRANDA, Jorge, Org. Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976. Coimbra: Coimbra, 1996. v. 1. p. 563).

Temos três palavras para essa atividade dos grupos de pressão sobre o Parlamento:

- lobby = grupo que exerce influência sobre qualquer autoridade pública para promover os interesses ou causas dos seus membros;

- lobbying = a atividade exercida, isto é, o lobby na sua atividade, ou seja, todo o esforço para influenciar o Congresso acerca de qualquer assunto, e que chega a ele através da distribuição de material impresso, assistência às sessões das comissões do Congresso, entrevistas ou tentativas com membros do Senado ou da Câmara, ou através de outros meios;

- lobbyist = alguém que, por um pagamento ou outra razão, procura influenciar ou evitar a aprovação de determinada legislação por parte do Congresso Nacional.

Os partidos políticos são outro canal de influência utilizado pelos lobbies ou grupos de pressão para chegar ao centro do poder decisório – depois de terem fracassado na tentativa de alcançar seus objetivos através de pressões sobre o ministério. Os lobbies ou grupos de pressão pretendem dessa forma exercer uma pressão sobre o Governo, mas através do partido ou partidos: essa é uma modalidade da chamada pressão ou influência indireta. O grupo de pressão aponta a natureza substitutiva do recurso ao partido, o que só ocorre quando fracassa a tentativa de negociação através da consulta direta do grupo ao Governo.

A função de intermediação dos grupos de pressão não pode ser cumprida se ele não obtiver grande prestígio, nem sempre de modo legal ou moralmente aceitável, perante os membros do Governo ou do Parlamento; porém, se uma organização deseja ser tratada responsavelmente, deve, por sua vez, agir responsavelmente, sob pena de desvirtuamento do funcionamento dos órgãos estatais, que passariam a colocar o interesse público em segundo plano, para atendimento dos interesses corporativos de cada um dos citados grupos.⁵¹

9. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO E CONTROLE DOS GRUPOS DE PRESSÃO

O aperfeiçoamento da democracia deve buscar a necessária visibilidade na atuação política e a responsabilidade pela influência na tomada de decisões, não

51. Nesse sentido, José Afonso da Silva nos adverte que “interesses privados apoderaram-se de setores da burocracia, utilizando o aparelho estatal em benefício próprio. A modernização do Estado brasileiro exige a eliminação desse protecionismo a setores privados, por um processo de limpeza que consiste na desprivatização do Estado, recolocando-o no exercício de suas funções básicas, quais sejam a de elaborar e executar políticas públicas no interesse da coletividade como um todo”, para concluir que “a reforma do Estado brasileiro consiste, portanto, na erradicação do anacronismo institucional, caracterizado pelo patrimonialismo, cartorialismo corporativista e o clientelismo” (Perspectivas e futuros. In: ROCHA, Cármem Lúcia Antunes, Coord. Perspectivas do direito público. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 135).

somente em relação aos partidos políticos, mas também em relação aos grupos de pressão. A regulamentação seria o conjunto mínimo de interesses comuns, incluindo especialmente interesse comum de buscar o fair play entre os interesses privados e particulares.

Hugo Natale expõe com muita propriedade o fato de que “um grupo ter a pretensão de impor seu interesse privado ao interesse público e geral da sociedade não é uma novidade na história, nem um perigo. O que é uma novidade e importa um grave perigo, é que efetive essa pretensão por meio da utilização de técnicas de domínio e de quebramento” (visibilidade)⁵².

Existem dispositivos constitucionais e regimentais regulamentando, de modo tímido, a atuação dos grupos de pressão. Assim, prevê a Constituição Federal, além dos tradicionais direitos de reunião, associação, iniciativa popular de lei, as audiências públicas no Congresso Nacional com entidades da sociedade civil (CF, art. 58, § 2º, II); recebimento de petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas (CF, art. 58, § 2º, IV).

A Câmara dos Deputados, igualmente, regulamenta desde 1972 a representação por grupos de interesses, considerando relevante constar no regimento interno mecanismos de representação das entidades sindicais de grau superior, no intuito de receber dessas entidades assessoria técnica e subsídios à tramitação de projeto de lei, conforme relembra Murillo Aragão: “até 1983 praticamente o credenciamento era exclusivo para entidades sindicais de grau superior, tais como confederações ou federações/sindicatos de abrangência nacional (...). A partir de 1984, a Câmara dos Deputados passou a aceitar o credenciamento de entidades associativas mais representativas e, após a Constituição de 1988, adequou o tratamento constitucional ao regimento interno, permitindo o amplo credenciamento de entidades associativas de todo o tipo”⁵³.

Dessa forma, atualmente, prevê o artigo 259 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados que, “além dos Ministérios e entidades da administração federal indireta, poderão as entidades de classe de grau superior, de empregados e empregadores, autarquias profissionais e outras instituições de âmbito nacional da sociedade civil credenciar junto à Mesa representantes que possam, eventualmente, prestar esclarecimentos específicos à Câmara, através de suas Comissões, às lideranças e aos Deputados em geral e ao órgão de assessoramento institucional”.

52. NATALE, Hugo E. Alvarez. Contribución al estudio de los grupos de interes. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976. p. 17.

53. ARAGÃO, Murillo. Grupos de pressão no Congresso Nacional. São Paulo: Maltese, 1994. p. 96.

Portanto, uma boa maneira de controle sobre os meios utilizados pelos grupos de pressão é a de, uma vez reconhecida a justiça de seus interesses e das suas pretensões particulares, estabelecer meios e instituições através dos quais possam defender seus legítimos interesses e causas, de forma legal e transparente.

Além disso, importante realçarmos novamente que a reestruturação dos partidos políticos, a descentralização do poder, a efetividade das formas democráticas semidiretas e a democracia participativa são outros meios de fortalecimento institucional da democracia e da representatividade popular, e, conseqüentemente, de enfraquecimento sensível dos grupos invisíveis de poder no cenário político.

As atividades dos grupos de pressão no Congresso norte-americano são regulamentadas desde 1946, por meio do Lobby Act de 1946, que os obriga a informar ao Poder Público quanto gastam com suas atividades.

10. PARTICIPAÇÃO POPULAR – PLEBISCITOS/REFERENDOS/ INICIATIVA DE LEI

Apontados alguns problemas do sistema representativo e dos partidos políticos, importante é destacar a necessidade de maior utilização dos instrumentos de participação popular nos negócios do Estado⁵⁴.

A Constituição Federal prevê expressamente que uma das formas de exercício da soberania popular será através da realização direta de consultas populares, através de plebiscitos e referendos (CF, art. 14, caput), disciplinando, ainda, que caberá privativamente ao Congresso Nacional autorizar referendo e convocar plebiscitos (CF, art. 49), salvo, por óbvio, quando a própria Constituição expressamente determinar (por exemplo: art. 18, §§ 3º e 4º; art. 2º, Ato Constitucional das Disposições Transitórias).

Em nosso ordenamento jurídico-constitucional, essas duas formas de participação popular nos negócios do Estado divergem, basicamente, em virtude do momento de suas realizações.

Enquanto o plebiscito é uma consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos, sobre determinada matéria a ser, posteriormente, discutida pelo Congresso Nacional, o referendo consiste em uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para ratificá-lo, ou no sentido de conceder-lhe eficácia (condição suspensiva), ou, ainda, para retirar-lhe a eficácia (condição resolutiva).

54. Sobre o direcionamento dos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte para a efetivação de práticas de democracia direta, conferir: TEMER, Michel. Constituição e política. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 95.

Igualmente, outras e inúmeras Constituições trazem previsões semelhantes. A título meramente exemplificativo, podemos enumerar:

- Artigo 115 da Constituição da República Portuguesa – Os cidadãos eleitores recenseados no território nacional podem ser chamados a pronunciar-se directamente, a título vinculativo, através de referendo, por decisão do Presidente da República, mediante proposta da Assembléia da República ou do Governo, em matérias das respectivas competências, nos casos e nos termos previstos na Constituição e na lei. O referendo pode ainda resultar da iniciativa de cidadãos dirigida à Assembléia da República, que será apresentada e apreciada nos termos e nos prazos fixados por lei. O referendo só pode ter por objeto questões de relevante interesse nacional que devam ser decididas pela Assembléia da República ou pelo Governo através da aprovação de convenção internacional ou de acto legislativo.

- Artigo 75 da Constituição da Itália – É convocado referendun popular para deliberar sobre a ab-rogação, total ou parcial, de uma lei ou de um ato que tenha valor de lei, quando o solicitarem quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos Regionais. Não é admitido o referendun para as leis tributárias e de balanço, de anistia e de indulto, de autorização para ratificar tratados internacionais. Têm direito de participar do referendun todos os cidadãos chamados a eleger a Câmara dos Deputados. A proposta submetida a referendun será aprovada se participar da votação a maioria dos que têm direito, e se for atingida a maioria dos votos validamente expressos. A lei determina as modalidades de atuação do referendun.

- Artigo 138 da Constituição da Itália – As leis de revisão da Constituição e as outras lei constitucionais são adotadas por parte de cada Câmara, mediante duas deliberações sucessivas com um intervalo não inferior a três meses, e são aprovadas, por maioria absoluta dos membros de cada Câmara, na segunda votação. Essas mesmas leis serão submetidas a referendun popular quando, no prazo de três meses a partir da sua publicação, o solicitar um quinto dos membros de uma Câmara ou quinhentos mil eleitores ou cinco Conselhos Regionais. A lei submetida a referendun não é promulgada, senão depois de aprovada pela maioria dos votos válidos. Não se procede a referendun, se a lei for aprovada na segunda votação por cada uma das Câmaras, por maioria de dois terços dos seus integrantes.

- Artigo 89 da Constituição da Confederação Suíça – As leis federais e as resoluções federais de alcance geral devem ser submetidas à aceitação ou rejeição do povo quando o pedido for feito por 30.000 cidadãos com direito de voto ou por oito cantões. Os tratados internacionais concluídos para prazos indeterminados ou de mais de 15 anos são também sujeitos à aceitação ou rejeição do povo, se o pedido for apresentado por 30.000 cidadãos com direito de voto ou por oito cantões.

- Artigo 39 da Constituição da Nação Argentina – Os cidadãos têm o direito de iniciativa de apresentar projetos de lei à Câmara dos Deputados (...). Não serão objeto

de iniciativa popular os projetos referentes a reforma constitucional, tratados internacionais, tributos, pressupostos e matéria penal.

- Artigo 40 da Constituição da Nação Argentina – O Congresso, mediante iniciativa da Câmara dos Deputados, poderá submeter a consulta popular um projeto de lei. A lei de convocação não poderá ser vetada. O voto afirmativo do projeto pelo povo da Nação Argentina o converterá em lei e sua promulgação será automática. O Congresso ou o Presidente da Nação, dentro de suas respectivas competências, poderão convocar a consulta popular não vinculante. Nesse caso, o voto não será obrigatório. O Congresso, mediante o voto da maioria absoluta dos membros de cada Casa, regulamentará as matérias, procedimentos e oportunidades da consulta popular.

Nessa forma de participação popular nos negócios políticos do Estado, importante ressalva é feita por Canotilho, quando ensina que “a teleologia intrínseca dos referendos e plebiscitos constituintes passou a ser diferente quando o plebiscito, além da sua associação a dimensões cesaristas do poder político, se transformou em consulta popular, divorciada de qualquer racionalidade jurídica e não raro violadora dos princípios estruturantes do Estado constitucional. A hipertrofia democrática aliada a uma concepção decisionista do direito explicam o sentido do plebiscito: decisão popular que se sobrepõe a qualquer tipo de racionalidade jurídica”⁵⁵.

Igualmente, não podemos nos esquecer da lição de Norberto Bobbio sobre o perigo existente na idéia de cidadão total. Assim, ensina que “é evidente que, se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível. E também não é desejável humanamente, isto é, do ponto de vista do desenvolvimento ético e intelectual da humanidade”⁵⁶.

Entendemos que um meio termo a ser tentado, principalmente pela democracia brasileira, é a maior utilização dos mecanismos do plebiscito e referendo, previstos no artigo 14 da Constituição Federal e já regulamentados pelo legislador ordinário (Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998), sem os abusos apontados por Canotilho. Dessa forma, nos assuntos de maior relevância institucional haveria possibilidade de

55. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 123.

56. O futuro da democracia. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 42.

maior participação dos eleitores, de maneira a direcionarem ou ratificarem a atuação do Parlamento⁵⁷.

11. CONCLUSÕES

A reforma política do Estado obrigatoriamente deve estar centrada na necessidade de maior proximidade da vontade popular com a vontade expressa pelo Parlamento. Para isso, após esta breve análise, apontamos algumas conclusões a serem examinadas para a concretização dessa reforma e, conseqüentemente, para o aprimoramento e fortalecimento da democracia:

- O problema central da representação política consiste na impossibilidade de aferir-se a compatibilidade entre a vontade popular e a vontade expressa pela maioria parlamentar;

- Três causas primordiais contribuem para esse distanciamento entre representantes e representados: o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento;

- Há urgente necessidade de desburocratização das práticas e das organizações da representação política, para que os processos decisórios tendam a uma maior informalidade e participação da vontade geral;

- Dinamização na democracia dos partidos, desde a própria existência de democracia interna nessas agremiações, até a própria imposição majoritária de suas idéias, em observância aos direitos da minoria;

- Maior democratização nos quadros partidários, possibilitando acesso e disputa igualitários a todos aqueles que pretendam disputar cargos eletivos;

- A maior democracia interna nos partidos políticos evitaria a indesejada e exagerada proliferação partidária, e acabaria por impedir a criação de inúmeros partidos sem qualquer mensagem ideológica ou social;

- A representação proporcional parlamentar deve ser alterada para assegurar mais fielmente a cada partido político uma representação no Parlamento correspondente à sua força numérica na sociedade, de modo a refletir no Poder

57. Mônica Herman Salem Caggiano expõe que “tais dificuldades operacionais, em que esbarra o princípio representativo, originam, outrossim, o movimento, marcante, de retorno às técnicas da denominada semidireta. O referendo, o plebiscito e o recall, da prática americana, ressurgem na paisagem política, ingressando num processo de consolidação alimentado pelo descrédito que se abateu sobre os tradicionais mecanismos da representação”. (CAGGIANO, Mônica Herman Salem. Sistemas eleitorais x representação política. (Tese de doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo). São Paulo: 1997, p. 324).

Legislativo, da maneira mais transparente e próxima possíveis, as diversas ideologias presentes na comunidade;

- Introdução no sistema político brasileiro de algumas normas de fidelidade partidária, para que a representação popular no Parlamento represente mais fielmente o voto conferido nas urnas;

- Adoção de uma espécie de quarentena política, para que se proíba a mudança partidária do parlamentar eleito por um determinado partido político – utilizando-se pois de seu coeficiente partidário – sem uma justificativa plausível;

- Introdução de mecanismos constitucionais semelhantes ao recall norte-americano;

- Regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento e outros órgãos do Governo;

- Edição de uma legislação eleitoral mais rígida que garanta maior transparência no financiamento e atuação dos partidos políticos e dos grupos de pressão;

- Fixação de maior responsabilidade política dos Partidos Políticos;

- Maior utilização dos instrumentos de participação popular nos negócios do Estado.

Apesar das dificuldades do sistema representativo e dos complicadores naturais existentes na dinâmica democrática, não podemos deixar de salientar que permanecem os partidos políticos em posição de extrema relevância no cenário decisional brasileiro, pois como detentores da atividade legiferante, são os únicos que – influenciados ou não por demais grupos de interesses, de promoção e de pressão – efetivamente acabam por tomar decisões definitivas que vinculam toda a sociedade, por meio de leis⁵⁸ (Princípio da legalidade). Anote-se que a defesa da legalidade é antiga, tendo sido feita por Platão e Aristóteles, sendo que o primeiro afirmou que “de fato, onde a lei está submetida aos governantes e privada de autoridade, vejo pronta a ruína da cidade; onde, ao contrário, a lei é senhora dos governantes e os governantes seus escravos, vejo a salvação da cidade e a acumulação nela de todos os bens que os deuses costumam dar às cidades”⁵⁹. Tendo o segundo afirmado: “aos governantes é necessária também a lei que fornece prescrições universais, pois melhor é o elemento que não pode estar

58. Mesmo as medidas provisórias (CF, art. 62) somente tornam-se definitivas se forem aprovadas pelo Congresso Nacional.

59. Platão, Leis, 715d.

submetido a paixões que o elemento em que as paixões são conaturais. Ora, a lei não tem paixões, que ao contrário se encontram necessariamente em cada alma humana".⁶⁰

Dessa forma, os partidos políticos devem ser prestigiados e democratizados na reforma política do Estado, como grandes atores do cenário político nacional, submetendo-se, porém, ao maior controle popular, com a efetiva implementação real e utilização do plebiscito e referendo e com uma maior acessibilidade e democratização interna.

Mesmo porque, nunca é cansativo relembrar, a organização e regulamentação dos partidos políticos e sua participação da democracia representativa permite uma maior alternância do Poder e democratização das decisões, com respeito e voz aos direitos das minorias. Além disso, o controle e responsabilização das decisões políticas dos partidos apresenta-se mais plausível com a necessária transparência e visibilidade do sistema democrático, diferentemente do que ocorre com diversos grupos de pressão que, sob o manto do anonimato e articulações de bastidores, tornam-se atores invisíveis do cenário político, de grande influência, mas totalmente irresponsáveis politicamente.

60. Aristóteles, Política, 1.286a.

ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Eurico de Andrade Azevedo*

* Procurador da Justiça aposentado e sócio do Escritório Andrade Azevedo e Alencar Consultoria Jurídica.

1. A organização social é uma qualificação, um título, que a Administração outorga a uma entidade privada, sem fins lucrativos, para que ela possa receber determinados benefícios do Poder Público (dotações orçamentárias, isenções fiscais etc.), para a realização de seus fins, que devem ser necessariamente de interesse da comunidade.

2. A locução organização social, a nosso ver, é muito genérica, pois ambas as palavras têm um significado muito abrangente. De qualquer forma, foi a denominação que o legislador resolveu outorgar àquelas entidades, em substituição ao desmoralizado título de utilidade pública, concedido a entidades assistenciais que de beneficentes só tinham o rótulo, por servirem a interesses particulares. Conforme expôs o Professor Paulo Modesto (então Assessor Especial do Ministério de Administração e Reforma do Estado), no XII Congresso de Direito Administrativo, em agosto de 1998, na impossibilidade política de revogar a Lei n. 91, de 1935, que regulava a aprovação do benefício “de utilidade pública”, o Governo resolveu aprovar outra lei, criando a nova qualificação.

3. Nos termos da Lei federal n. 9.637, de 18.5.1998, o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sociais sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos os requisitos previstos nesse mesmo diploma.

O objetivo declarado pelos autores da reforma administrativa¹, com a criação da figura das organizações sociais, foi encontrar um instrumento que permitisse a transferência para as mesmas de certas atividades que vêm sendo exercidas pelo Poder Público e que melhor o seriam pelo setor privado, sem necessidade de concessão ou permissão. Trata-se de uma nova forma de parceria, com a valorização do chamado terceiro setor, ou seja, serviços de interesse público, mas que não necessitam sejam prestados pelos órgãos e entidades governamentais. Sem dúvida, há outra intenção subjacente, que é a de exercer um maior controle sobre aquelas entidades privadas que recebem verbas orçamentárias para a consecução de suas finalidades assistenciais, mas que necessitam enquadrar-se numa programação de metas e obtenção de resultados.

4. Essas pessoas jurídicas de direito privado são aquelas previstas no Código Civil, sociedades civis, religiosas, científicas, literárias e até mesmo as fundações (art. 16, I). Podem já existir ou serem criadas para o fim específico de receberem o título de organização social e prestarem os serviços desejados pelo Poder Público. O que importa é que se ajustem aos requisitos da lei.

1. Plano diretor da reforma do aparelho do Estado. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado - MARE, 1995.

5. Quais são os requisitos básicos?

a) não podem ter finalidade lucrativa e todo e qualquer legado ou doação recebida deve ser incorporado ao seu patrimônio; de igual modo, os excedentes financeiros decorrentes de suas atividades;

b) finalidade social em qualquer das áreas previstas na lei: ensino, saúde, cultura, ciência, tecnologia e meio ambiente;

c) possuir órgãos diretivos colegiados, com a participação de representantes do Poder Público e da comunidade;

d) publicidade de seus atos;

e) submissão ao controle do Tribunal de Contas dos recursos oficiais recebidos (o que já existe);

f) celebração de um contrato de gestão com o Poder Público, para a formação da parceria e a fixação das metas a serem atingidas e o controle dos resultados.

6. Submetendo-se a essas exigências e obtendo a qualificação de organização social, a entidade poderá contar com os recursos orçamentários e os bens públicos (móveis e imóveis) necessários ao cumprimento do contrato de gestão. Os bens serão transferidos mediante permissão de uso e os recursos serão liberados de acordo com o cronograma de desembolso estabelecido no contrato de gestão. Mais ainda: é facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor à organização social, com ônus para o órgão de origem.

7. Como se vê, se o Poder Público cumprir efetivamente as obrigações assumidas no contrato de gestão, pode ser de grande interesse para as entidades privadas que já venham prestando serviços de interesse da comunidade obterem sua qualificação como organização social, ainda que com certa perda de autonomia.

8. Nesse ponto, convém alertar que o Conselho de Administração da entidade deverá exercer papel fundamental na sua administração. Em sua composição, os representantes da comunidade e do Poder Público devem constituir maioria absoluta, controlando os atos da diretoria executiva, cujos membros serão pelo Conselho designados e dispensados.

De certa forma, o Poder Público se assenhoreia do controle da entidade privada – com a colaboração da comunidade – para que ela possa vir a exercer as atividades sociais desejadas, utilizando-se de recursos oficiais. Aliás, segundo o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, publicação do Ministério de Administração e Reforma do Estado, um dos objetivos desse novo tipo de parceria é precisamente

reforçar o controle social direto desses serviços, através dos seus conselhos de administração.

9. A qualificação da entidade privada como organização social é ato administrativo discricionário do Poder Público. No âmbito federal, o exame da conveniência e oportunidade da medida cabe ao Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao objeto social da entidade pretendente, assim como ao Ministro da Administração. Essa discricionariedade é criticada por alguns doutrinadores,² por entenderem tratar-se de uma brecha perigosa no princípio da legalidade, dando azo a decisões subjetivas dos governantes.

Não obstante, como esclarece Hely Lopes Meirelles, poder discricionário não se confunde com poder arbitrário: "A faculdade discricionária distingue-se da vinculada pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe confere essa faculdade."³

Ora, a lei confere ao Executivo a liberdade de examinar a conveniência e a oportunidade de qualificar como organização social a entidade pleiteante, precisamente para verificar se é de interesse público transferir ao setor privado o serviço que vem sendo realizado pela própria Administração, ou, então, estimular o serviço já prestado pela entidade privada com recursos públicos. É indispensável que a Administração possa aferir as vantagens e desvantagens que possam advir para a comunidade dessa transferência.

A Administração há de justificar devidamente o seu ato: o porquê da outorga (ou não) do título jurídico de organização social à entidade que o pleitea. Todo e qualquer ato administrativo deve ser motivado, principalmente aqueles resultantes do poder discricionário, pois são precisamente estes que precisam estar embasados na clara demonstração do interesse público que os fundamenta. Celso Antônio Bandeira

2. Perpétua Valadão Casali Bahia e Paulo Moreno Carvalho (Organizações sociais, qualificação como ato vinculado do poder público. Tese apresentada ao XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado de São Paulo, 30.8 a 3.9 de 1998, Campos do Jordão, SP, publicada pelo Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo, p. 458-477) afirmam que, preenchendo a pessoa jurídica de direito privado os requisitos exigidos pela lei, não pode o Poder Executivo recusar a qualificação, já que se trata de aferir condições formais de habilitação, não existindo espaço para a intelecção discricionária do administrador, cujo ato deve simplesmente alcançar a finalidade legal. Os autores examinam o problema também frente à Lei baiana n. 7.027/97, regulamentada pelos Decretos ns. 7.007 e 7.008 do mesmo ano, perante os quais, havendo mais de uma organização social que se habilite à prestação do serviço desejado pelo Estado, faz-se mister a instauração de processo seletivo. Neste caso, justifica-se a preocupação dos autores, uma vez que a citada qualificação assemelhar-se-ia à fase de habilitação no procedimento licitatório.

3. Direito administrativo brasileiro. 23. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 103-104.

de Mello diz bem que, tratando-se de ato administrativo discricionário, “o ato não motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido.”⁴

10. O Poder Executivo também poderá desqualificar a entidade privada, retirando-lhe o título de organização social, mas essa providência há de estar baseada no descumprimento das disposições contidas no contrato de gestão e devidamente apuradas em processo administrativo, assegurado o direito de defesa dos dirigentes da organização.

11. O contrato de gestão, portanto, é o instrumento jurídico básico dessa nova forma de parceria entre o setor público e o privado. Embora a lei denomine esse instrumento de contrato, na verdade, trata-se de um acordo operacional entre a Administração e a entidade privada – acordo de direito público que mais se aproxima de um convênio, em que as partes fixam os respectivos direitos e obrigações para a realização de objetivos de interesse comum. Mas como os convênios também ficaram desmoralizados (porque ninguém cumpria a sua parte e não havia sanções), resolveu-se procurar instrumento mais eficaz.

12. Nos termos da lei federal, o contrato de gestão discriminará as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social, mas sobretudo deverá especificar o programa de trabalho proposto, a fixação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como os critérios objetivos de avaliação de desempenho, mediante indicadores de qualidade e produtividade. Além disso, o contrato deve prever os limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens a serem percebidas pelos dirigentes e empregados da organização social, além de outras cláusulas julgadas convenientes pelo Poder Público.

13. A eficácia do contrato de gestão está precisamente na possibilidade do exercício do controle de desempenho. Havendo indicadores objetivos de qualidade e produtividade, metas a serem alcançadas e prazos de execução, o Poder Público pode perfeitamente acompanhar os trabalhos da entidade privada e verificar a atuação de seus dirigentes, para tomar as providências cabíveis, que podem ir desde a substituição dos diretores (deve-se lembrar que os representantes do Poder Público e da comunidade constituem maioria absoluta no Conselho de Administração) até a cassação do título de organização social.

14. E os Estados e Municípios perante a Lei federal n. 9.637/98? Na verdade, os Estados e Municípios, se quiserem se utilizar dessa nova forma de parceria na sua administração, deverão aprovar suas próprias leis. Deve-se lembrar que a matéria diz

4. Curso de direito administrativo. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 245-246.

respeito à forma de prestação de serviços de competência da respectiva entidade estatal. Por conseguinte, somente a entidade estatal competente pode legislar sobre o tema. A Lei n. 9.637/98 não é uma lei nacional, cujas normas gerais seriam aplicáveis aos Estados e Municípios, tanto assim que ela não faz menção ao assunto, como ocorre, por exemplo, com a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei n. 8.666/93, art. 1º, parágrafo único).

15. A Lei federal n. 9.637/98 pode servir como modelo para os Estados e Municípios, com as adaptações indispensáveis às suas peculiaridades, em especial no que diz respeito aos serviços que entendam convenientes que sejam prestados pelo setor privado. Em alguns lugares serão atividades voltadas à cultura (proteção ao patrimônio histórico, museus etc.), em outros à preservação do meio ambiente (parques florestais, jardins públicos), em outros ao ensino e à pesquisa (institutos de pesquisa) ou à saúde (ambulatórios, creches, asilos) etc. A vantagem de se acolher o modelo federal é a possibilidade de se obter para as organizações sociais do Estado ou Município os mesmos benefícios concedido às organizações sociais da União (repasse de verbas federais, sessão de bens etc.), desde que a legislação local não contrarie os preceitos da lei federal (art. 15).

16. Note-se que não é obrigatório o modelo federal. É apenas conveniente. Segundo consta, muitos Estados e Municípios já aprovaram suas leis, ainda com base na Medida Provisória n. 1.648/97 (da qual resultou a Lei n. 9.637/98), alguns com pleno êxito, como Porto Alegre.

UM CASO DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Simone Andréa Barcelos Coutinho*

Sumário: 1. O princípio da igualdade. 2. A omissão inconstitucional. 3. Conclusões.

* Procuradora da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo.

1. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade, com o alcance amplo de não excluir de sua proteção qualquer cidadão, vem sendo reconhecido desde a Constituição da República de 1891. Em 1824, a Carta Imperial, embora reconhecesse o princípio, dava-lhe conteúdo reduzido e, a meu ver, apenas formal, pois permitia a escravidão.

A igualdade tem sua origem no pensamento iluminista do século XVIII e foi concebida no ideário burguês de abolição de classes privilegiadas (clero e nobreza) na participação do poder. O reconhecimento do princípio pelo direito posto deu-se pela primeira vez na Constituição americana de 1787. Pouco depois, constou da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Entretanto, sua interpretação, ao longo desses dois séculos, tem sido incompleta, porque legisladores e aplicadores do direito vinham negando amplitude às normas consagradas do princípio, estabelecendo exceções que justificavam com base nas opiniões dominantes em cada sociedade.

Ao longo do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, e mais acentuadamente a partir da década de 60, passou a ocorrer a contestação organizada de valores socialmente expostos. A partir de tais movimentos, mudanças na compreensão do conteúdo dos princípios jurídicos, em especial o da igualdade, têm alcançado maior profundidade.

Em nosso país, os direitos fundamentais alcançaram o seu apogeu com a Constituição de 1988. Penso que temos, em nosso Direito Positivo, uma das mais precisas, democráticas e lúcidas declarações de direitos do mundo.

José Affonso da Silva esclarece que, no Direito estrangeiro, faz-se distinção entre igualdade perante a lei e igualdade na lei. Aquela exprime a obrigação de aplicar as normas jurídicas aos casos concretos, na conformidade com o que elas estabelecem, mesmo se delas resultar uma discriminação. É chamada isonomia formal. Já a igualdade na lei exige que nas normas jurídicas não haja distinções que não sejam autorizadas pela própria Constituição.

O mesmo autor pondera que essa bipartição do princípio já não procede entre nós, pois doutrina e jurisprudência firmaram há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei significa o que no estrangeiro define-se como igualdade na lei.¹

Aliás, o autor dá a sua visão da cláusula da igualdade “sem distinção de qualquer natureza,” explicando que Constituições anteriores enumeravam as razões impeditivas do descrime: sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O artigo 3º,

1. Curso de direito constitucional positivo. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 191.

inciso IV, proíbe expressamente tais discriminações odiosas, pois entre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil está: promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²

Com relação às discriminações que a Constituição enuncia no dispositivo supracitado, ensina José Affonso:

“A Constituição vigente é mais veemente e mais abrangente na condenação das desigualdades entre as pessoas. Confere a igualdade perante a lei, sem distinções de qualquer natureza, de sorte que as hipóteses que indicaremos a seguir são simplesmente exemplificativas, tanto quanto o são na própria Constituição.”³

O jurista diz também que a Constituição procura aproximar a isonomia formal e a material, pois não se limita ao simples enunciado de igualdade perante a lei; menciona também a igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações à distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação.

Com relação à igualdade entre os sexos, Norma Kyriakos e Adriana Gragnari⁴ afirmam que a Declaração de 1789 teria excluído as mulheres do status de cidadão, com o apoio das idéias de Rousseau. A igualdade fora concebida em termos de hierarquia e não de similitude.

Entre nós, tal concepção encontra-se representada no texto do Código Civil de 1916, que positivava a hierarquia do homem sobre a mulher.

Até meados dos anos sessenta, nossos tribunais julgavam constitucional a exclusão das mulheres de algumas carreiras públicas, como fiscal de tributos! Lembremos, todavia, que jamais constou de alguma Constituição brasileira qualquer enunciado limitativo do princípio da igualdade, conferindo preferência de um sexo sobre o outro.

José Affonso assim se pronuncia sobre a igualdade de sexos, com relação à Constituição de 1988:

“Essa igualdade já se contém na norma geral da igualdade perante a lei. Já está também contemplada em todas as normas constitucionais que vedam discriminação de sexo (art. 5º, I), que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. Era dispensável acrescentar a

2. *Ibidem*, p. 198.

3. *Ibidem*, p. 199.

4. Igualdade. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 41, p. 314, jun. 1994.

cláusula final, porque, ao estabelecer a norma, por si, já estava dito que seria 'nos termos desta Constituição.' Isso é de somenos importância. Importa mesmo é notar que é uma regra que resume décadas de lutas das mulheres contra discriminações. Mais relevante ainda é que não se trata aí de mera isonomia formal. Não é igualdade perante a lei, mas igualdade em direitos e obrigações. Significa que existem dois termos concretos de comparação: homens de um lado e mulheres de outro. Onde houver um homem e uma mulher qualquer tratamento desigual entre eles, a propósito de situações pertinentes a ambos os sexos, constituirá uma infringência constitucional."⁵

Penso que o princípio da igualdade não é uma abstração científica, um valor da Idade Contemporânea. Merecem absoluto repúdio aqueles que certamente de má-fé insistem em tal concepção, alegando serem as pessoas diferentes, e com isso justificando distinções e preferências. As "diferenças" entre as pessoas não afirmam a verdade de que a humanidade é uma só e de que todos os seus membros, pela circunstância de dela fazerem parte, têm a mesma dignidade.

A fonte da igualdade é o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto define-se na conformidade deste. Sendo assim, posso conceituá-lo sinteticamente.

O princípio da igualdade é o mandamento fundamental pelo qual deve ser assegurada a toda pessoa humana a mesma dignidade no mundo e a titularidade de TODOS os direitos fundamentais, sem exceções, gradações, condições ou limites. Os direitos fundamentais que todos titularizam são os que como tal se definem: individuais, coletivos e difusos previstos na Constituição, nos tratados internacionais e nas leis, que jamais poderão sequer tender a diminuir o que a Carta Magna assegura.

Destarte, o princípio da igualdade admite apenas que todos sejam cidadãos, sem qualificações que os categorizem de modo a diferenciá-los, resultando em que os direitos de uns sobreponham-se ou prefiram aos de outros. Ninguém terá um plexo de direitos maior ou melhor do que o dos demais. Portanto, não se admite posição privilegiada perante o Direito.

Assevero que todos os direitos fundamentais são titularizados nos termos da Constituição, não cabendo interpretação restritiva de seus preceitos. Ainda que determinado direito esteja previsto em norma constitucional de eficácia limitada ou contida, nem a lei que sobre o direito em questão disporá, nem o intérprete, nem o particular poderão dar-lhe contornos que excluam estas ou aquelas pessoas de seu gozo. Por exemplo, não seria constitucional norma que restringisse o direito de greve do servidor público com menos de vinte e cinco anos de idade.

5. Ob. cit., p. 199.

Em síntese, a relação entre o princípio da igualdade e o da dignidade da pessoa humana tem o seguinte alcance prático: não pode a lei, nem o intérprete, nem o particular estabelecer distinções entre as pessoas, diminuindo, mesmo que de maneira discreta, a dignidade de algumas, ainda que poucas.

2. A OMISSÃO INCONSTITUCIONAL

Não é preciso ser um apaixonado defensor dos direitos civis para concluir, da simples leitura de seus dispositivos, que a Constituição atual deu ao princípio da igualdade o mais amplo alcance e estatura possíveis, determinando inclusive garantias de sua efetividade.

Não há de causar estranheza o que direi: as leis que tipificam como crimes as diversas formas de discriminação incorreram em omissão inconstitucional.

Faço um histórico dessas leis, permitindo-me, no entanto, tratar da Lei n. 7.437, de 20.12.1985, no final desta exposição.

Antes, porém, vejamos o que diz a Constituição Federal:

“Artigo 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação.”

É importante lembrarmos de que os objetivos fundamentais não são, como alguns pretendem, inidôneos ao criar direitos.

Continuemos com a Constituição:

“Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;”

Mais adiante, o mesmo artigo 5º estabelece, com relação à efetividade do princípio da igualdade, as seguintes garantias, pontos-chaves de minha exposição.

“Artigo 5º - (...)

(...)

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;”

Chega a ser excessivo querer explicar as normas acima, em face de sua clareza. Em síntese, a Constituição não autoriza quaisquer discriminações contrárias a seus preceitos e determina que a lei as puna de forma igual, pois repugna ao jurista que sabe o significado do princípio da igualdade, admitir-se a existência de discriminações inconstitucionais mais graves e menos graves. Todas são discriminações contrárias aos preceitos da Lei Maior. Esta, porém, destaca o racismo, determinando-lhe tratamento penal recrudescido, necessariamente como crime, sem possibilidade de fiança nem de extinção da punibilidade pela prescrição.

As demais formas de discriminação deverão receber do legislador ordinário o mesmo tratamento penal, ainda que não se lhes deva aplicar a imprescritibilidade nem a inafiançabilidade previstas para o racismo. Porém, podem ser tipificadas como crime; aliás, penso ser essa a melhor capitulação, pois o inciso XLI do artigo 5º da Constituição busca a efetividade do princípio da igualdade.

A primeira lei a tornar crime o preconceito foi a Lei n. 7.716, de 5.1.1989, que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. O artigo 20 dessa Lei teve a redação mudada por duas outras: as Leis ns. 8.081, de 21.9.1990, que nele incluiu a discriminação por religião, etnia ou procedência nacional; também a Lei n. 8.882, de 3.6.1994, que incriminou o fabrico, comercialização, distribuição, veiculação de quaisquer objetos que utilizem a suástica para fins de divulgação do nazismo.

Em 13.5.1997, foi promulgada a Lei n. 9.459, que em seu artigo 1º diz:

“Artigo 1º - Os artigos 1º e 20 da Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, passam a vigorar com a seguinte redação:

‘Artigo 1º - Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.’”

A simples leitura das leis citadas, em especial da última, que pretendeu ampliar ao máximo a abrangência da primeira, pois alterou sua redação, mostra que a Constituição não foi cumprida.

É como se o legislador quisesse punir as formas de preconceito. Todavia, é evidente que não o fez!

De fato. Se a Constituição manda punir quaisquer discriminações, o que não se dirá das formas expressamente repudiadas no seu artigo 3º?

Ora, as leis deixaram de fora as seguintes formas de preconceito, aliás, muito freqüentes: de sexo, de idade, contra o deficiente físico.

Devo chamar a atenção para informe pouco ventilado. A prática de atos resultantes de preconceito de sexo é contravenção penal, por força da Lei n. 7.437/1985.

Não estaria, assim, cumprido o comando constitucional pelo qual a lei punirá quaisquer discriminações contrárias a seus preceitos?

Evidentemente que não!

Nada justifica, à luz do Direito Constitucional, que o preconceito de sexo tenha tratamento penal mais brando do que as outras formas de preconceito capituladas como crime de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Se lei federal incriminou condutas resultantes dos preconceitos acima elencados, razão jurídica nenhuma há para deixar de dar o mesmo tratamento penal à discriminação em função do sexo.

O preconceito de sexo não é menos grave do que o de etnia, de religião, de procedência nacional, de raça, de cor. Não é menos danoso aos cidadãos. Aliás, acho absurdo ter que escrever isto, pois, para mim, é absolutamente indiscutível. Porém, diante da omissão inconstitucional do legislador, e de opiniões jurídicas ainda estribadas em concepções rupestres do Direito, parece-me que repetir o óbvio é necessário.

Nenhum preconceito é mais escusável que os demais!

O preconceito (juridicamente, discriminação) consiste na exclusão de grupos humanos da plenitude de seus direitos fundamentais, quer quanto à titularidade, quer quanto ao gozo. Socialmente, marginaliza as pessoas como se fossem untermensch (subhumanos), expressão muito usada na Alemanha nazista para referir-se aos grupos humanos perseguidos por aquele Estado. Juridicamente, a admissão das discriminações, ainda que implícita, importa em dividir as pessoas em titulares de direitos de primeira, de segunda, de terceira categoria e assim sucessivamente, tornando uns mais cidadãos que os outros.

Para a lei penal atual, destarte, temos uma primeira categoria de grupos tradicionalmente discriminados, tutelados pela Lei n. 7.716/1989, com a redação dada pela Lei n. 9.459/1997. A discriminação contra estes é crime. Há uma segunda categoria, tutelada pela Lei n. 7.437/1995, contra a qual condutas discriminatórias

constituem contravenções penais: as mulheres e as pessoas discriminadas em razão de seu estado civil.

Há uma terceira categoria de grupos discriminados, que não tem proteção da lei penal: os idosos, os deficientes físicos, os pobres, os homossexuais, os que sustentam opiniões divergentes dos valores da sociedade.

Remarco que esse parece ser o critério do legislador, pois uns são mais protegidos do que os outros. Não é crível que as pessoas se distingam enquanto cidadãs; essa não é a vontade da Constituição.

Se a lei há de punir as discriminações contrárias à Constituição, há de fazê-lo com o mesmo rigor; entender a questão doutra maneira significa descumprir a garantia da igualdade, afirmada e reafirmada. Se é crime atentar contra os direitos fundamentais de um muçulmano, de um nordestino, de um judeu, de um estrangeiro, de um negro, por que, sob qual fundamento jurídico, não deve ser crime atentar contra os direitos fundamentais de uma mulher?

O tratamento penal diferenciado deverá levar em conta a gravidade das condutas (se ofende a vida, a integridade física, a honra, a liberdade pessoal, por exemplo) e em que intensidade. Jamais deverá ter a arbitrariedade de reputar um preconceito menos grave do que o outro, como se o ordenamento jurídico tolerasse mais a discriminação contra determinado grupo humano.

Na lei penal, já que algumas formas de discriminação encontram proteção menor ou inexistente, é o que acaba ocorrendo.

Voltando-me à questão do sexo, disse, em palavras felizes, o Professor Manuel Gonçalves Ferreira Filho, no VI Encontro Nacional de Direito Constitucional, que homens e mulheres pertencem à mesma humanidade, da qual todos temos o orgulho de pertencer. Ora, como pôde o legislador penal, com sua omissão, relegar o sexo feminino a uma segunda humanidade, da qual deve ser humilhante pertencer? Se condutas ofensivas à pessoa praticadas com base no preconceito de sexo são contravenções e não crimes, significa então que é menos grave vulnerar os direitos fundamentais de uma mulher? Para a Constituição, jamais.

O legislador olvidou princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Se parcela da sociedade teima em permanecer na obscuridade do preconceito, na mentalidade de épocas passadas, o Direito não lhes dá voz nem vez. Há uma norma fundamental que dirige o Direito ordinário, que não poderá deixar de cumpri-la, no todo ou em parte.

Poupo-me de trazer maiores comentários doutrinários, pois nada há que possa trazer mais luzes à nossa compreensão do Direito do que as palavras iluminadas da Constituição, que, repito, não deu vez a qualquer dúvida.

Destarte, são absolutamente inaceitáveis argumentos de que a igualdade dos sexos é muito recente e o Direito não pode expurgá-los se a sociedade 'não está pronta.' Os princípios fundamentais do Estado brasileiro demonstram clara opção de proibir a tolerância ao preconceito, seja ele qual for. A Constituição brasileira não pecou pela ideologia do conservadorismo, do atraso, mas incorporou um componente revolucionário de transformação da sociedade.

3. CONCLUSÕES

1. Não é admissível que aos diferentes grupos humanos sejam reconhecidos maiores e menores graus de dignidade. Toda discriminação contrária à Constituição deve ser igualmente punida pela lei. Somente ao racismo foi conferida especial gravidade, devendo necessariamente ser crime inafiançável e imprescritível.

2. Seja qual for a razão da discriminação inconstitucional, deverá ter o mesmo tratamento penal. A maior ou menor reprovabilidade será da conduta, do bem jurídico por ela ofendido, da intensidade da ofensa, dos meios utilizados pelo agente. Quanto ao motivo, não se admite que a lei repute este preconceito mais grave do que aquele, por exemplo, seja o preconceito de religião mais grave que o preconceito de sexo.

3. Assim sendo, o preconceito de sexo deve ter o mesmo tratamento penal dado às formas contempladas pela Lei n. 9.459/1997. Deve ser capitulado como crime, senão o princípio da igualdade, garantido no inciso XLI do artigo 5º da Constituição, não estará sendo cumprido. Portanto, não pode ser tratado mais como contravenção penal, mas sim como crime.

4. O princípio da estrita legalidade das normas penais exige que o Congresso Nacional legisle, tornando crime também o preconceito de sexo.

5. É cabível a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, para que condutas motivadas por preconceito de sexo sejam tornadas crimes.

PROJEÇÕES CONSTITUCIONAIS PARA A REFORMA PENAL

Marcelo Semer*

Sumário: 1.Reforma penal e Constituição. 2. Sistema político e reforma penal. 3. Princípios constitucionais penais e reforma penal. 4. Normas programáticas da Constituição para o Direito penal.

* Juiz de Direito em São Paulo, Secretário do Conselho Executivo da Associação Juizes para a Democracia, Mestre em Direito Penal pela USP e Professor de Direito Penal da Universidade Paulista.

1. REFORMA PENAL E CONSTITUIÇÃO

Na véspera de completar seus sessenta anos, nosso Código Penal aparentemente se encontra em fase terminal. A rediviva reforma recuperou fôlego, com o decidido empenho de nossos três últimos ministros da Justiça no sentido – embora não exatamente na mesma direção – de apresentar para apreciação do Congresso Nacional um texto de nova parte especial.

Com a expressiva proliferação da legislação complementar versando sobre temas não periféricos como a Lei de Tóxicos, do Porte de Arma, dos Crimes Hediondos, dos Juizados Especiais, do Código do Consumidor, do Trânsito, entre tantos outros diplomas incriminadores, pode-se dizer que extravagante hoje é o próprio Código.

A codificação viria em boa hora. A reagrupação dos diversos tipos dentro do Código projeta uma perspectiva uniforme de tratamento penal, com base em uma escala de valores que é resultado da vontade política do legislador, num único e determinado momento. A codificação empresta, assim, visibilidade à proporcionalidade entre delitos e penas, evitando que esta se perca na multiplicidade de leis, produzidas em momentos distintos, e sob pressões políticas e contingências específicas. A organização tende a reduzir o casuismo legislativo que, entre nós, tem se expressado na feição mais populista do exercício da atividade legiferante¹.

Mas ainda há mais uma importante razão que nos leva hoje à necessidade de uma ampla reforma penal. Há mais de dez anos, o país está sob nova ordem constitucional. Novos valores políticos e sociais foram incorporados em nosso direito positivo. Alteraram-se importantes estruturas de poder, de modo a reformar a feição do Estado. Reinstalou-se no país uma ordem democrática, revigorando a importância e a estatura garantista dos direitos fundamentais. Essa capital alteração das estruturas ainda não teve total influência na legislação penal. A uma, porque o Código não mudou, deixando o legislador de incorporar no conjunto das leis penais os reflexos da alteração de ordem constitucional. A duas, porque a legislação penal especial pós-constituente, influenciada muitas vezes pelos propósitos da law and order, contingenciada pela política mais imediatista do medo da escalada da criminalidade, pouco tem observado dos vetores de preservação da dignidade humana que lhe foram endereçados pela Carta da República.

1. A Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90) foi aprovada ainda no vácuo das imagens do seqüestro do empresário Abílio Diniz, no final de 1989, praticamente em regime de urgência; a inclusão neste rol do homicídio qualificado foi precedida de uma campanha promovida pela mídia, após a morte da atriz Daniela Perez. Até mesmo a criminalização da tortura, reclamada por grupos defensores de Direitos Humanos – com base na previsão constitucional – somente foi promulgada, e em pouco menos de uma semana, após o relato televisivo de agressões e achaques de policiais militares em uma favela da Grande São Paulo.

Uma vez que o esforço político se dirige, agora, a tornar viável a reforma penal, curial é que incorpore as alterações de cunho constitucional que moldaram nosso Estado Democrático de Direito – com profundas implicações na seara penal, como veremos, concretizando na seleção de crimes os princípios penais de âmbito constitucional e cumprindo, ademais, as específicas metas indicadas pelo legislador constituinte. Este é o objeto do presente estudo, discutir as projeções constitucionais para a reforma penal da parte especial, sem a pretensão maior do que indicar algumas orientações que, a nosso entendimento, emanam da Carta.

Podemos dividir em três os aspectos constitucionais que se projetam para o Direito penal: a) o reflexo das estruturas de poder, o sistema político adotado; b) os princípios constitucionais penais firmados pelo legislador; c) as normas programáticas da Constituição para o Direito penal.

Não há dúvida que existe interpenetração entre os três aspectos. Os princípios constitucionais penais, que moldam diretamente a estrutura do ordenamento punitivo, têm nítida correlação com a proposta de Estado que se forma no consenso político. Da mesma forma, os indicativos de criminalização representam, via de regra, o esboço de concretização dos objetivos sociais do Estado.

Reflexos mais diretos dessas bússolas constitucionais são vistos na Parte Geral, que funciona como coração dos institutos penais. Nosso estudo, no entanto, se prenderá às influências desses três comandos constitucionais na formulação de bases para a reforma da Parte Especial, cuja discussão ora se avoluma.

2. SISTEMA POLÍTICO E REFORMA PENAL

A Constituição de 1988 configurou o país como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput). Ensina José Afonso da Silva que o Estado Democrático de Direito é mais do que uma união formal entre os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. É na verdade um conceito que os engloba e supera, na medida em que incorpora um componente de transformação do status quo². Ou, nas palavras de Gomes Canotilho, que considera ser o Estado Social uma expressão da compreensão democrática: “É no fundo uma extensão do Estado de direito democrático à organização econômica, social e cultural e em particular no mundo do trabalho”³.

Este Estado Democrático é um Estado de Direito – que preserva as conquistas liberais, garantindo de forma prevalente os direitos fundamentais do homem, mas também é um Estado Social, que busca concretizar as exigências de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana⁴. Não é pois, por outra razão, que se insere

2. Curso de direito constitucional positivo, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 105.

3. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, 1991, p. 86.

4. José Afonso da Silva, op. cit., p. 105.

entre os objetivos fundamentais de nossa República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a promoção do bem de todos, e ainda a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º).

Define este novo Estado Social a conjugação das garantias individuais do Estado Liberal – das liberdades perante o Estado – com o propósito de intervenção própria de um Estado Social – nivelador das desigualdades econômicas e sociais, sob um prisma democrático.

Referindo-se à Constituição espanhola, Santiago Mir Puig afirma ter esta Carta empregado uma concepção sintética do Estado, “produto da união dos princípios próprios do Estado liberal e do Estado social. Como toda síntese, a imagem resultante do Estado pressupõe uma superação de seus componentes básicos isoladamente considerados, o que permite acrescentar a terceira característica da fórmula constitucional: a democracia”⁵.

O Direito penal desse Estado – que é também o nosso Estado, social, democrático e de direito –, se desvincula da noção de um ordenamento legal, arbitrário e sem limites, para acomodar-se em um sistema que esteja submetido, formalmente, ao princípio da legalidade, e materialmente, à garantia dos direitos fundamentais do cidadão. Acresce-se, pois, ao limite formal do princípio da legalidade – o Estado que se realiza no Direito – a concepção de um limite material. No Estado de Direito Democrático e Social, a tutela penal não se dissocia do bem jurídico, sendo considerada legítima sob a ótica constitucional, somente quando socialmente necessária⁶.

É base desse Estado democrático o princípio geral de que todo direito constitucionalmente garantido não sofra limitação, a não ser pela tutela de outro interesse igualmente protegido⁷. Sendo assim, o direito à liberdade não pode ser sacrificado em razão de atos que não tutelem nenhum concreto interesse, sob pena de desproteger-se o próprio conteúdo da liberdade.

Nossa Constituição adota a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III), servindo para ancorar os demais direitos fundamentais. Não se pode, destarte, abrir mão da dignidade da pessoa em prol da simples confirmação do exercício do poder, punindo-se meras desobediências como condutas contrárias aos interesses de entes ideais, como segurança do Estado, bem-estar da sociedade, ordem pública, quando estiverem distantes do afetamento de um bem jurídico com aporte no próprio homem.

5. El derecho penal em el Estado social y democrático de derecho, Ariel, 1994, p. 32-33.

6. Luis Régis Prado, Bem-jurídico penal e Constituição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 51-52. Como aponta Luiz Luisi, um novo direito criminal surge da mescla entre os princípios inarredáveis da herança iluminista e as exigências de proteção dos valores transindividuais. (Os princípios constitucionais penais, SAFe, 1991, p. 10).

7. Ferrando Mantovani, Diritto penale: parte generale, 2. ed., Cedam, 1988, p. 200.

Esse regime de Estado nos dá a feição do Direito penal. Um Direito limitado pelo princípio formal da legalidade, e o veio material da lesividade (exigência de afetamento ao bem jurídico), bem ainda dirigido a vedar o uso abusivo e inconseqüente do ordenamento penal (intervenção mínima).

Cabe aqui um parêntesis. O veio intervencionista do Estado social é comumente identificado como propulsor de uma extensa pauta de criminalizações⁸. Agindo o Estado social como agente de transformação, os braços da administração tendem a envolver um maior número de atividades controladas – preços, produção e consumo, distribuição de renda, comércio exterior, assistencialismo, proteção e previdência social etc. – de modo a provocar, também na esfera do Direito penal, um certo inchaço.

O compromisso do Estado Social, Democrático e de Direito, deve ser, todavia, tanto com suas atividades sociais (seus fins), quanto com as garantias democráticas (seus meios). A emancipação do homem, nesse Estado Social e Democrático, dá-se tanto com a ação do Estado dirigido a reduzir as desigualdades, quanto a de impedir que o homem seja esmagado por objetivos sociais, tratado como mero objeto de exercícios do poder de punir.

Em que pese o expansionismo penal guardar vínculos estreitos com o intervencionismo estatal, o downsizing a que vem sendo submetido o Estado atualmente nos mostra que o neoliberalismo não faz diminuir o âmbito de atuação do Direito penal. As propostas neoliberais têm expandido ainda mais o Direito penal como forma de oferecer, pela atitude simbólica de criar tipos penais severos, uma resposta ao público-eleitor, que a ação governamental não se mostra capaz de dar, com eficiência, em outras áreas⁹.

O princípio da intervenção mínima, ao revés, traduz-se na correta representação do Direito penal de um Estado Democrático. Consoante este princípio, ao Direito penal cabe recorrer-se em última instância – ultima ratio – somente para a defesa dos bens jurídicos fundamentais de ataques mais graves e quando não se mostram suficientes as demais formas de controle social.

8. Refere-se Francesco Palazzo ao fenômeno da administrativização do Direito penal, que ocorre nos Estados sociais, a partir da primeira metade deste século. (Valores constitucionais e direito penal, SAFE, 1989, p. 26).

9. Como já afirmava Louk Hulsman: “Quando se introduzem novas medidas legislativas, deve-se geralmente indicar os meios que serão utilizados para financiá-las. Esta exigência se aplica tanto às repartições ministeriais, quanto ao parlamento e restringe consideravelmente sua liberdade de ação. O único setor em que essa exigência não se aplica é o penal. Não existe nenhuma obrigação de votar ao mesmo tempo recursos adicionais eventualmente necessários aos serviços penais. Na medida em que as dificuldades orçamentárias se tornam mais graves, a pressão para maior criminalização se torna mais forte. Porque a criminalização permite adiar os custos.” (Descriminalização, Revista de Direito Penal, n. 9, 1973).

O princípio da intervenção mínima articula-se com os princípios da fragmentariedade e subsidiariedade. A natureza fragmentária implica em que o Direito penal não se obriga a sancionar todas as condutas lesivas aos bens jurídicos, mas apenas aquelas mais graves praticadas contra bens mais relevantes. A subsidiariedade, a seu turno, parte do reconhecimento de que o Direito penal não é a única forma de controle social. Por ser o que se utiliza de instrumentos mais enérgicos e mais custosos, o Direito penal deve ser acionado somente na hipótese em que outros meios de coerção se mostrem ineficazes.

De uma maneira resumida, buscamos apontar oito indicativos ao legislador ordinário, que se deduzem do espírito deste Estado Democrático, que, a nosso critério, deveriam orientar a reformulação da Parte Especial.

a) abandono do rigorismo penal.

As idéias de dignidade da pessoa humana e de intervenção mínima do Direito penal projetam um balanceamento de penas que não seja reproduzidor de violências. Assim, impõe um abandono do rigorismo inútil no apenamento que tem marcado, paradoxalmente, a legislação pós-constituente, capitaneada pela Lei dos Crimes Hediondos. Trata-se aqui de combater o agigantamento do magistério punitivo usado na perspectiva de que é um remédio forte e só remédios fortes são eficazes. A busca dessa eficiência total no Direito penal tem levado à aplicação desses remédios tão fortes quanto igualmente ineficazes, mas com um custo social mais elevado.

Como aponta Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior: “As leis de natureza penal, hoje em dia, parecem veicular uma perigosa assertiva que tomou conta dos ensandecidos que, equivocadamente, vêm no Direito penal a solução para todas as mazelas, ou quase todas: é preciso passar por cima das garantias constitucionais, ignorar a ética e os ditames da consciência jurídica democrática no combate sem trégua ao crime, que atormenta a sociedade. Captando equivocada legitimidade através da dramatização da violência – cujo conceito é reduzido ideologicamente a não parecer mais que a criminalidade comum – os grupos interessados em mais repressão se organizam em torno da idéia de que a paz e a segurança do cidadão dependem de desprezar os direitos fundamentais garantidos, como se eles não fossem de todos os homens, mas apenas dos ‘bandidos’”¹⁰.

Na democracia, no entanto, o Direito penal deve diminuir, como forma de preservar o que, enfim, vale a pena ser preservado, o homem e sua dignidade.

Incabível o estabelecimento de penas que, em seu limite mínimo, tangenciam ou ultrapassam o máximo permitido (como o latrocínio ou extorsão mediante seqüestro

10. O Judiciário brasileiro em face dos direitos humanos, Justiça e Democracia (Publicação oficial da Associação Juizes para a Democracia), n. 2, jul./dez. 1996.

cometido contra vítima que se encontra nas condições do art. 224 do Código Penal); da mesma forma, o impedimento de progressão de regime prisional acaba por duplicar o efeito da sanção penal, desprezando perspectivas de reeducação gradual.

Deve-se ter, como propósito, uma certa redução geral de penas na Parte Especial, principalmente dos crimes de menor gravidade, de modo a com isso ampliar o espaço de consenso e da aplicação de penas alternativas, previstas na Parte Geral e na Lei dos Juizados Especiais (por exemplo a certas condutas hoje vedadas, como furto em concurso de pessoas ou apropriação indébita em exercício de emprego, que não demonstram contundente lesividade).

É preciso compreender que a impunidade, que tanto incomoda a sociedade, se dá mais pelo fato de que o sistema penal não alcança a expressiva maioria dos crimes (a chamada cifra negra), em razão do descaso do Estado com a estruturação da polícia e o comprometimento do Poder com a alta criminalidade, do que propriamente pelo fato de que se aplicam penas leves demais.

b) prevalência dos direitos humanos.

A Constituição Federal prestigia a defesa dos direitos humanos. Rege-se, em suas relações internacionais, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Consagra que as normas definidoras dos direitos fundamentais têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º). Direciona-se, ademais, para absorver outros direitos e garantias fundamentais decorrentes dos tratados internacionais em que o país seja parte (art. 5º, § 2º).

Nosso Direito penal deve guiar-se, portanto, para incorporar a resultante dos tratados internacionais versando sobre proteção aos direitos humanos no sistema penal. É importante conceber a noção de que aderir a um tratado internacional não é mera condição retórica ou propaganda política, mas nos traz efeitos concretos. A criminalização da tortura, por exemplo, era reclamada em tratados, mas foi elaborada com enorme atraso e ainda sem o respeito ao pleno conteúdo do consenso internacional, orientado para firmar um tipo penal como crime próprio do funcionário público¹¹.

c) transformação da tutela da segurança nacional na proteção da ordem democrática.

A doutrina da segurança nacional, com o rigor que se amoldou, tão concernente aos propósitos de um Estado militar, é incompatível com a estrutura deste Estado democrático. Não se acomoda mais a submissão do indivíduo aos interesse do Estado,

11. A esse respeito, as observações de Alberto Silva Franco no artigo Tortura: breves anotações sobre a Lei n. 9.455/97. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.19, jul./set. 1997.

nem a superação das tensões políticas com a sujeição dos subversivos, segundo a legislação esquecida, mas ainda vigente.

Na proteção ao Estado democrático, o que deve ser punida é a ação armada destinada a eliminar as instituições democráticas ou os institutos que estão à disposição da democracia (como a livre manifestação das idéias, a liberdade de associação, a liberdade de expressão e a liberdade de eleição).

O que deve ser preservada é a ordem democrática, não a estabilidade do governo. A democracia não pode ser confundida, ainda, com as autoridades que estejam transitoriamente ocupando o governo (incabível, assim, conceber-se como um crime à ordem democrática a ofensa a honra de chefe de Poder). O pluralismo político exige respeito à diversidade; assim, deve ser excluída toda e qualquer imputação que resvale em delitos de opinião, como propagandas políticas (salvo quando se resolve em atos discriminatórios, eis que a cidadania é ponto central da democracia), ou a punição à associação (exceto as de caráter paramilitar).

A democratização pressupõe, ademais, uma ampliação nos espaços de liberdade de expressão, por intermédio dos quais, crimes abstratamente perigosos à paz pública, como incitação e apologia ao crime, tornam-se proporcionalmente incompatíveis com a Lei Maior.

A transformação da tutela da segurança nacional para a ordem democrática não pode revelar apenas uma mudança de nome. Na democracia, a criminalização política deve se ater às condutas agressivas ao Estado com o reconhecimento de que as pressões populares e de movimentos civis organizados estabelecem tensão e exatamente por isso fortalecem a própria democracia. A estratégia deve ser, também aqui, a criminalização mínima.

d) reversão do quadro de hipervalorização da autoridade sobre o indivíduo.

Corolário do autoritarismo é a prevalência da noção de autoridade sobre as liberdades individuais – que não se exercem senão sob a tutela e permissão das autoridades. Como resultado, dá-se demasiada proteção à figura da autoridade e a submissão à ordem, desprotegendo o indivíduo, quer limitando seu campo de ação, quer desprezando sua opressão pela própria autoridade.

A legislação infraconstitucional nos revela um absoluto paradoxo.

A desobediência à ordem de funcionário público, ou o desacato à pessoa do funcionário, é punido de forma mais contundente do que o abuso da autoridade para com o indivíduo, que envolve graves infrações à liberdade de locomoção, inviolabilidade do domicílio, liberdade de consciência, de associação, além das concretas condutas relacionadas ao excesso da atividade repressiva. A consequência

dessa inversão de valores é um retrato fiel da omissão dos Poderes quanto à propulsão da violência policial. Assim é que, embora tenha sido comum o julgamento de atos de particulares por crimes de desacato, quase sempre contra policiais, raras foram as condenações desses nos Tribunais por abuso de autoridade. A exigüidade da pena cominada ao abuso muitas vezes contribuiu para a extinção da punibilidade pela prescrição. A situação foi apenas atenuada pela recente Lei da Tortura.

A projeção constitucional indica, de um lado, que deva ser excluída ao máximo a punibilidade da mera desobediência – infração de caráter administrativo que não reclama, em regra, sanção penal. O Estado deve ter meios suficientes para executar suas próprias decisões, tornando desnecessária, e por isso mesmo, um mero exercício do poder de punir, a sanção ao descumprimento e resistência (desde que não violenta).

Por outro lado, deve ser criminalizada à altura a ação violenta e excessiva dos representantes do Estado em face do indivíduo. A limitação do poder, de quem pode exercê-lo, à esfera estritamente legal e o impedimento da usurpação da noção de autoridade para concretizar interesses ou anseios pessoais, é a essência da democracia republicana. É preciso, portanto, incorporar todas as formas de abuso de autoridade no Código Penal, com penas compatíveis com a nova criminalização da tortura.

Coerente com essa perspectiva, o constituinte deve privilegiar no corpo da Carta a isonomia que consagra no artigo 5º como parâmetro dos direitos fundamentais. O resíduo de verticalização na Constituição Federal pode ser visto na imensa teia de foros privilegiados para julgamento de autoridades em crimes comuns, bem ainda na exagerada imunidade parlamentar formal, que praticamente impede a punição de integrantes do poder político que sejam ou venham a ser eleitos para o Parlamento. A impunidade seletiva não é só um mau exemplo, mas um real empecilho ao esclarecimento da criminalidade organizada, que invariavelmente tem braços que se escondem nas entranhas do poder político – como o noticiário recente tem nos demonstrado.

A valorização da ordem democrática e o respeito às suas instituições podem ser também equacionados em uma repulsa mais significativa aos fazedores de justiça com as próprias mãos. O crime de exercício arbitrário das próprias razões comporta, hoje, proporcionalmente, uma punição assaz branda para o prestígio que se empresta à resolução mediatizada dos conflitos. Na democracia, impõe-se não só que os fins, mas os meios sejam legítimos. Esse é o sentido, aliás, que inviabiliza a aceitação no processo de provas ilícitas (art. 5º, LVI).

e) desmilitarização da legislação penal.

A Constituição Federal de 1988 não alterou significativamente o quadro das infrações penais militares, nem mesmo em relação à permanência da jurisdição militar

como jurisdição especial. O momento em que foi promulgada, no final de uma distensão negociada do período autoritário, não permitiu. A questão da jurisdição militar está hoje em reexame – sendo objeto de significativa redução nas propostas tendentes a reformular o Judiciário¹².

A isonomia, como igualdade de tratamento diante da lesão a bens jurídicos fundamentais, deve guiar a reforma, tanto no âmbito constitucional quanto na legislação ordinária. A extensão do conceito e da categoria militar a atividades típicas do policiamento interno (que não envolve um inimigo externo nem a defesa da soberania do país) é claramente contrária às perspectivas democráticas que moldam o Estado que surgiu da nova Constituição. *Pari passu* das esperadas reformas constitucionais, que tendem a tornar a Carta mais coerente, é possível projetar alterações para a questão militar na legislação infraconstitucional.

Há que se diminuir o excesso de criminalização das questões militares, principalmente os chamados crimes militares próprios em tempo de paz, para transformá-los em ilícitos administrativos. As normas militares em sentido estrito refletem, sobretudo, questões atinentes à obediência e disciplina que se adequam, como nas demais carreiras públicas, a normas administrativas. No caso militar, especificamente, pela maior gravidade de indisciplina, existe a previsão constitucional da prisão administrativa (sem ordem judicial), tratando-se de transgressões militares (art. 5º, inc. LXI).

Por outro lado, a criminalização de condutas impróprias dos militares, pelas quais são punidos diversamente pela condição de militar, podem ser incorporadas ao Código Penal, como crimes praticados por funcionários ou por esta condição agravada, sempre que tal agravamento não ofenda, desnecessariamente, uma regra de isonomia. Os crimes cometidos por militares ou não em tempo de guerra colocando em risco a integridade e a soberania nacional devem ser objeto de proteção do estatuto penal, na defesa do Estado democrático – em sua integridade, dos bens nacionais e na incolumidade de seus cidadãos.

f) eliminação dos conceitos que revelam opções morais.

A democracia pluralista impõe a convivência entre desiguais, bem ainda o respeito às diversas formas de ver o mundo. Pluralismo implica na coabitação de concepções

12. A mais recente, oriunda do relatório da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, elimina a Justiça Militar dos Estados (que julga policiais e bombeiros militares), inserindo-a como um ramo especializado da Justiça Comum. A proposta de extinção da jurisdição militar como um todo vem sendo defendida pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela Associação Juizes para a Democracia. Sobre a proposta, veja-se "Extinção da Justiça Militar", de Kenarik Boujikian Felipe, Justiça e Democracia (Publicação oficial da Associação Juizes para a Democracia), Número Especial de Lançamento, 2º semestre de 1995.

morais e religiosas diversas, resultando não só a proibição de discriminação, como também a vedação a opção do Estado por uma concepção moral ou religiosa.

É o caso, pois, de retirar do Código Penal crimes que se vinculem às concepções morais, como o adultério, raptos consensuais, sedução, posse sexual mediante fraude. É o caso, ainda, de se eliminar infrações penais que expressem, sobretudo, uma reprovação de cunho moral, como vadiagem, mendicância, embriaguez, entre outros tipos já sujeitos à descriminalização de fato.

Também a consideração das obscenidades deve passar por reformulação. A proibição de escritos, artigos e filmes obscenos ofende, indubitavelmente, a vedação à censura contida na Constituição. A censura deve limitar-se à exposição de crianças e adolescentes indiscriminadamente à matéria do sexo, ainda assim, de forma preferencial pelo âmbito administrativo. O ato obsceno só se justifica como infração penal com exposição pública de ato sexual, de modo, concretamente, a provocar escândalo. A utilização de crianças para pornografia (pedofilia) deve ser punida não pelo caráter de obscenidade (que lhe é secundário), mas pela violação do livre desenvolvimento do infante e de sua reduzida capacidade de consentimento em atos sexuais (forma agravada de corrupção de menores).

A eliminação de aspectos morais também implica na adoção da igualdade de gêneros, extinguindo a diversidade de tratamento entre homens e mulheres perante a criminalização das condutas, especialmente nos crimes hoje denominados contra os costumes. A colocação da mulher como vítima exclusiva de certos crimes, como raptos e sedução, age em desconformidade com um tratamento isonômico. Mesmo em relação ao estupro, o que deve prevalecer não é a vulnerabilidade da mulher no ato sexual (o que a faz diferente), mas o direito à autodeterminação sexual (no que homens e mulheres são iguais). A diferença só deve existir quando baseada na própria igualdade, como a proibição a qualquer ato de discriminação da mulher.

A diversidade de tratamento entre estupro e atentado violento ao pudor está recuperada no Anteprojeto formulado pelo Ministério da Justiça (eliminada que foi do Código Penal pela Lei dos Crimes Hediondos). Não nos parece seja a melhor solução. Há atos libidinosos tão ou mais graves do que a conjunção carnal. O problema desses tipos reside, basicamente, na dificuldade de encontrar um termo que reproduza a agressão sexual mais grave, não tão limitado quanto a conjunção carnal e não tão genérico quanto o ato libidinoso (que engloba condutas de distintas gravidades). A violação sexual pode ser uma alternativa que admita, num mesmo tipo, a inclusão de atos analogamente graves, como o constrangimento a conjunção carnal e o constrangimento de outras práticas sexuais. Aqui se poderia pensar em uma agravamento pelo resultado, se a prática da violação sexual provocasse gravidez. Outros atos de natureza sexual agrupar-se-iam em um tipo de atentado à liberdade sexual – a prática

violenta de ato de conotação sexual não é, certamente, uma ofensa ao pudor, mas à própria liberdade individual.

A hipervalorização da honra é também um elemento impregnado de moralismo.

Toma-se como exemplo a exposição ou abandono de recém-nascido, figura paradoxalmente atenuada do abandono de incapazes. A mãe que expõe recém-nascido a perigo tem pena reduzida, quando o faz para ocultar desonra própria. A superfetação da honra, em detrimento da vida e da saúde do ser humano mais indefeso, é absolutamente contrária ao princípio da dignidade humana. A desonra não pode ser escusa para o descumprimento dos deveres de proteção à vida, como nunca se coadunou a pretensa proteção da honra como pretexto a uma vingança de traição sentimental.

Em relação ao aborto, é curial que a legislação não se contamine por qualquer indicativo de natureza religiosa a orientar sua definição legal. Certo é que a projeção da dignidade da pessoa humana deve evitar, ao menos, qualquer que seja a opção política, que a mãe seja obrigada a completar o angustiante período de gestação, ciente desde logo da inviabilidade do nascimento de um ser com aptidão para a vida de relação.

Por fim, com base ainda nesse mesmo aspecto, o do pluralismo, não se deveria reprimir o porte de entorpecentes, quando para exclusivo uso pessoal. Ao Direito penal não compete ingressar na tutela do modo de vida, quando em comportamentos exclusivamente pessoais. A legislação penal deve respeitar um princípio de alteridade, de modo a não criminalizar condutas que não provoquem lesão ou perigo de lesão a outras pessoas¹³.

g) transformação dos crimes contra a organização do trabalho na proteção aos direitos e segurança do trabalhador.

O Código Penal de 1940 deu exagerado relevo aos crimes contra a organização do trabalho, seguindo-se uma estrutura eivada de corporativismo e atrelamento estatal da atividade sindical, que permeava o perfil do Estado getulista. A conquista da liberdade sindical, que representou um dos pilares políticos da redemocratização, molda de forma diversa a legislação de crimes laborais. Com o amplo reconhecimento do direito de greve, não há mais como prever delitos como a participação de abandono coletivo de trabalho, de paralisação de serviço de interesse coletivo ou de invasão de estabelecimento com intuito de embaraçar trabalho.

13. É a tutela constitucional da liberdade individual que impede, como afirma Maurício Ribeiro Lopes, a criminalização de fatos que não transcendam a esfera da intimidade pessoal. (Direito penal, Estado e Constituição, IBCCrim, 1997, p. 198).

A ótica da criminalização deve dirigir-se à garantia da efetividade dos direitos trabalhistas, também de dignidade constitucional, bem ainda a segurança do trabalhador. O Anteprojeto do Ministério da Justiça é sensível à nova ordem de criminalização, inserindo os tipos de atentado à dignidade do trabalho (submissão de alguém a trabalho em condições desumanas ou degradantes) e a frustração, inclusive mediante fraude, de direitos trabalhistas.

É preciso, no entanto, não ceder à tentação de agregar a todos os comandos administrativos de tutela dos direitos trabalhistas uma sanção penal, de modo a retomar, embora em direção oposta, a estratégia de ampla utilização do Direito penal como *prima ratio*. É o que nos parece, assim, na transformação de medidas de caráter eminentemente administrativos (como a omissão de anotação em carteira do trabalho) num tipo penal. A disposição não atende aos princípios de intervenção mínima do Direito penal.

h) inversão da excessiva proteção ao patrimônio privado, em detrimento dos crimes contra a pessoa e contra a Administração Pública.

Este oitavo indicativo diz respeito à proporcionalidade das penas, que, por sua vez, revela as opções políticas do legislador em relação aos bens jurídicos mais relevantes.

A Constituição erigiu-se em um sistema político e social que se amolda a um Estado Social-democrático, garantidor das liberdades individuais e que se atribui a função de reduzir desigualdades. Mantém-se a propriedade privada, mas dela se exige uma função social. Os direitos referentes à vida, integridade física e liberdade, ao revés, tiveram sensível ampliação com o prestígio da dignidade da pessoa humana como fundamento desse Estado. Diversamente, no Código Penal, ainda prevalece a tutela do patrimônio privado sobre direitos da pessoa humana.

Os exemplos dessa distorção são muitos.

O furto qualificado pelo rompimento de obstáculo tem pena equivalente à lesão corporal dolosa de natureza gravíssima (que gera, por exemplo, uma deformidade permanente ou enfermidade incurável na vítima). A lesão dolosa, da qual resulta por culpa a morte, tem apenamento proporcional ao roubo simples (sem arma, nem concurso de pessoas). Mas se a lesão grave deriva do próprio roubo – ainda que por culpa e não dolo do agente – a pena mínima será ainda maior do que a do homicídio doloso, em sua forma não qualificada. O constrangimento ilegal é crime de menor potencial ofensivo, ao qual se pode aplicar tão-somente a pena de multa; mesmo com emprego de arma, a pena máxima não ultrapassa a metade do mínimo cominado se o mesmo constrangimento, desarmado, se dá com intuito de obter indevida vantagem econômica. O seqüestro é crime menor, que comporta suspensão condicional da pena,

salvo se com objetivo de obter vantagem econômica no resgate, quando se transforma em crime hediondo.

Não há, de outra parte, prevalência da tutela do patrimônio público. O furto qualificado pelo abuso de confiança, praticado pelo empregado da vítima, tem a mesma relevância penal do que a subtração praticada, com preavencimento de cargo, pelo funcionário público – cuja palavra tem fé pública, contra quem a injúria se transforma em desacato e a desobediência é crime – com a diferença, esta processual, de que o funcionário está a merecer, ainda, um contraditório prévio à instauração da ação penal que não é oferecido aos demais. O abuso do cargo, para patrocínio de interesse particular, a chamada advocacia administrativa, representa verdadeira inversão do espírito republicano. Tem, no entanto, punição igual à de uma subtração de diminutíssimo valor.

A hipervalorização da tutela da propriedade, em detrimento de outras tutelas ainda mais graves, como a da vida, da saúde, da liberdade ou do patrimônio público, é de certa forma resultado de um descompromisso do legislador para com a banalização da violência cotidiana e a despreocupação com o trato da coisa pública, cuja espoliação produz uma violência *latu sensu* conivente com a exclusão e marginalização. O balanceamento das penas é medida de justiça, que tende a distribuir os efeitos da repressão, ademais de sinalizar a direção em que aponta a resultante política.

A solução fornecida pela primeira versão do anteprojeto apresentado deu-se em duas direções: reduzindo a pena de crimes patrimoniais menos graves (como o furto e a apropriação indébita) e aumentando os dos crimes contra a Administração Pública (como o peculato, corrupção passiva e concussão). Condiciona, ainda, a ação penal na hipótese de furto à representação e na de apropriação indébita à de ajuizamento pelo próprio ofendido. As soluções podem ser ainda mais expressivas, como a exigência de representação aos demais crimes patrimoniais sem violência e a exclusão de ilicitude ou extinção da punibilidade em caso de reparação de dano até o recebimento de denúncia.

A valorização do indivíduo, no seu aspecto de liberdade, se projeta para uma maior criminalização do constrangimento ilegal com emprego de arma (cuja pena mínima é a metade da recentemente cominada ao porte ou posse ilegal de arma que em tese absorveria), bem como de uma punição mais alta para o crime de ameaça e a criação de sua figura qualificada (com emprego de arma)¹⁴. O emprego efetivo de arma, que denota maior lesividade na conduta, aliás, deveria ser o exato diferencial entre as sanções do roubo simples e qualificado – junto com outras causas de aumento

14. A ameaça que deixa de ser absorvida pela atipicidade do roubo, por exemplo quando a vítima não tem qualquer pertence de valor (impropriedade absoluta do objeto – crime impossível) seria, dessa forma, punida.

que são menos graves (como o concurso de pessoas) ou quase sempre coincidentes com ela (como a privação da liberdade ou o transporte de valores), a circunstância do emprego de arma tem sua gravidade desprestigiada.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS E REFORMA PENAL

É possível depreender, ainda, da Constituição, princípios penais, explícitos ou implícitos, que moldam a configuração do Direito penal. Com algumas distinções metodológicas, a doutrina de uma maneira geral reconhece como informadores da Constituição, em matéria penal, os princípios da legalidade, da lesividade, da culpabilidade, da proporcionalidade, da individualização e da humanização das penas, e da ressocialização.

Analizamos em seqüência as orientações proponentes desses princípios ao legislador penal, no que respeita à elaboração dos tipos.

a) princípio da legalidade.

O princípio da legalidade é o próprio fundamento da existência de uma relação de crimes prevista na lei. O princípio da legalidade se expressa em três dimensões: a) a lei escrita como fonte exclusiva dos crimes e das penas, excluindo assim o costume, os princípios gerais do Direito ou a jurisprudência para sua formação; b) a lei estrita como condição taxativa da criação de crimes e imposição de penas, proibindo-se a analogia ou outros mecanismos que venham a converter o juiz em legislador; c) a lei prévia como condição de criação de crimes e penas, impedindo por meio da irretroatividade que o arbítrio do legislador possa tornar nulas as exigências anteriores.

Para que se preste à função de garantia é necessário que o tipo seja claro e preciso, contendo os elementos necessários para a certeza do delito. É nessa precisão do tipo, porém, que tem se verificado a maior erosão do princípio da legalidade. Agrega o tipo penal elementos normativos e culturais que são decodificados e reconstruídos pelo intérprete. Que dizer da reserva legal de tipos como praticar adultério, seduzir mulher honesta, subverter a ordem político-social ou praticar terrorismo, em que o legislador delega ao magistrado, de quem a construção do princípio da legalidade tirou, a tarefa de completar ou mesmo de afirmar a conduta proibida. Com mais gravidade, encontramos as normas penais em branco, nas quais o legislador penal, para completar a descrição da conduta, delega a função a outros legisladores ou a outros órgãos, de âmbito administrativo. Não sendo estritamente o legislador quem estipula a conduta delituosa, ora dividindo ora delegando o poder a administradores ou julgadores, distancia-se dos limites que ensejaram a própria criação da reserva legal. O princípio da legalidade tende a permanecer intacto, assim, apenas em seu caráter retórico.

Para a Parte Especial do Código Penal, o cumprimento do princípio da legalidade dar-se-á por sua dimensão de taxatividade, vedando-se uma incriminação vaga ou imprecisa, restringindo ao máximo os tipos abertos e as normas penais em branco – cuja constitucionalidade é de todo duvidosa.

É de se observar que o legislador mais recente tem produzido textos legais sem técnica. É o caso de crime como homicídio culposo no trânsito, em que o tipo penal descreve o crime, não a conduta (matar alguém) ou a nova qualificadora do furto e roubo, que remete, para apreciação da prática da conduta (que é pretérita), a um fato futuro (que venha o veículo automotor a ser transportado para outro Estado ou exterior).

Em toda a revisão, deve o legislador aproveitar a oportunidade para dirimir conhecidas questões que projetam divergências de interpretação doutrinária e jurisprudencial, como a possibilidade do furto qualificado-privilegiado (a qual bastaria inverter a ordem dos parágrafos, para eliminar controvérsias, como sugere o anteprojeto), a possibilidade do homicídio qualificado-privilegiado, o conceito de arma para os fins da qualificação do roubo, a possibilidade de difamação da pessoa jurídica, a configuração do latrocínio tentado (sem a morte ou sem a subtração), a transformação da extorsão em crime material, entre outras questões já suficientemente amadurecidas, aptas a produzir soluções mais coerentes no texto legal.

b) princípio da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade está implícito na Constituição e é informador do Direito penal. Abstrai-se da norma constitucional que prevê que a responsabilidade penal será sempre pessoal (art. 5º, LV), não ultrapassando a pena da pessoa do condenado.

Não há pena, onde não houver culpabilidade. Não há possibilidade de responsabilidade penal sem responsabilidade subjetiva. A adoção do princípio alija da esfera de responsabilidade a produção de fatos que não tenham sido causados pelo próprio agente por dolo ou culpa.

Para a adequada proteção ao princípio da culpabilidade, importante não só a exclusão de resquícios da responsabilidade objetiva (como a responsabilidade penal na embriaguez), ou a responsabilidade por presunção (como a violência presumida dos crimes sexuais). Também se orienta ao balanceamento de penas em relação ao elemento subjetivo. Não condiz com uma integral absorção do princípio da culpabilidade, a responsabilidade similar de dolo e culpa (como hoje ocorre nos tipos agravados pelo resultado).

c) princípio da lesividade.

O princípio da lesividade, ou da exclusiva proteção de bens jurídicos, está implícito em nossa Constituição pela adoção do Estado Democrático de Direito. Como preleciona Alberto Silva Franco, “centra-se na idéia de que o controle social penal só deve intervir quando ocorrer lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos concretos”, não cabendo acionar-se o instrumento estatal se o comportamento não possui laivo de lesividade¹⁵.

Em um direito penal democrático, não há espaço para a punição sem lastro no bem jurídico, pela mera confirmação do exercício de punir. A necessidade do afetamento de um bem jurídico para a consideração do injusto projeta para o ordenamento, como conseqüência, um questionamento de legitimidade em relação às condutas puníveis que se distanciam da protetividade direta a um bem tutelado. A crescente criminalização de ilícitos de natureza eminentemente administrativa, originários do poder de polícia também esvazia a função protetiva do bem jurídico, seja dispensando a necessidade de afetamento, seja criando bens jurídicos universais que se refiram fundamentalmente à própria obrigação do cumprimento do dever.

Apointa-se ainda, neste sentido, na doutrina, a necessidade de exclusão dos chamados delitos sem vítima, em que não se afigura um sujeito afetado, como o consumo de substâncias entorpecentes, bem ainda das infrações de mera suspeita, como a posse de gazuva ou chave falsa, ou a comprovação de excesso de álcool pelo motorista, independente de qualquer demonstração da influência na condução do veículo.

A exigência de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico como característica marcante do conteúdo material do ilícito penal coloca ainda em xeque a legitimidade da punibilidade dos crimes de perigo abstrato, hipótese em que a realização do tipo não traz em si perigo real ao bem jurídico¹⁶. Para a reconstrução da seleção de crimes, com amparo neste princípio, o legislador deve reverter a tendência de prestigiar o perigo abstrato como forma de antecipar a tutela penal, buscando transformar os delitos em perigo concreto¹⁷.

d) princípio da proporcionalidade.

A proporcionalidade é uma exigência de justiça. Trata-se de um princípio geral do Direito que se aplica também ao Direito penal.

15. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 37.

16. Como afirma Bustos Ramirez, nos crimes de perigo abstrato o bem jurídico está tão distante que não há nenhuma possibilidade de afetamento. (Bases críticas de un nuevo derecho penal, Temis, 1982, p. 82). Como aponta, em acréscimo, Luiz Flávio Gomes, a presunção do perigo ofende, ainda, o princípio da legalidade (A contravenção do artigo 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto? Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 8, 1994.

17. Defendida entre outros por Luigi Ferrajoli, Derecho y razón, Trotta, 1998, p. 479.

A proporcionalidade impõe que somente devam ser criminalizadas condutas que representem lesões suficientemente relevantes, que as penas sejam proporcionais ao agravo, e que as penas sejam proporcionais entre si. A aplicação do princípio da proporcionalidade na elaboração de um Código tende a eliminar casuísmos da legislação penal, como é o caso da excessiva proteção ao furto e roubo de veículos automotores.

O princípio também projeta a eliminação de equiparações de situações díspares, como igual apenamento de crime consumado e tentado e de dolo e culpa. A punição mais grave para a culpa do que para o dolo (como ocorre, por exemplo, nas lesões corporais culposas produzidas na condução de veículo automotor) é, sem dúvida alguma, um contra-senso.

e) princípios da individualização, humanização das penas e ressocialização.

O artigo 5º, inciso XLVI, da Carta prevê que a lei regulará a individualização da pena. A pena deve ser individualizada em três momentos distintos: i) da cominação, devendo o legislador fixar a pena para cada crime dentro de um intervalo entre um valor mínimo e um valor máximo, vedando-lhe que o faça num único patamar; ii) da aplicação da pena, devendo o magistrado, de forma sempre fundamentada, aplicar às circunstâncias do caso concreto e em razão das condições pessoais do agente, uma pena para o crime cometido, no intervalo fixado pelo legislador; iii) da execução da pena, permitindo ao magistrado que aplique a sanção penal, com o sistema de progressão e benefícios contidos na Lei de Execução Penal, de modo a melhor cumprir a tarefa de reconduzir o sentenciado de volta à sociedade.

Deve a lei, portanto, possibilitar as três fases de individualização. Primeiro, prevendo limites compatíveis e proporcionais entre mínimo e máximo – nem tão reduzido que elimine a individualização, nem tão extenso que se aproxime de uma pena indeterminada¹⁸. De outra parte, deve a lei evitar, tanto quanto possível, fixação de penas mínimas em valores estratosféricos, o que na prática inviabiliza o exercício integral da individualização. Por fim, a lei deve possibilitar, em todos os crimes a progressão de regime. A vedação impede que a pena seja individualizada em fase de execução penal, igualando situações faticamente distintas.

Essas considerações inerentes ao princípio da individualização da pena harmonizam-se com os princípios de humanidade e ressocialização.

As penas não são meros castigos. Não devem ser cruéis. Não há pena de morte (salvo em crimes militares em tempo de guerra), nem sanções de caráter perpétuo.

18. É o exemplo que dá Maurício Ribeiro Lopes, com relação ao tráfico de entorpecentes, para o qual a pena máxima cominada é cinco vezes maior do que a mínima. (Op. cit., p. 63).

Em resumo, a execução da pena contém uma função social, de reintroduzir o sentenciado na sociedade – de onde não poderá ser nem sequer banido. Em assim sendo, deve ter o juiz, propulsor do processo de execução da pena, medidas a seu alcance para melhor conduzir, de acordo com as respostas individualizadas, esta promoção.

Ainda nessa seara, o legislador penal poderia aderir completamente à extinção da pena de morte (cuja previsão constitucional não é de todo compulsória), excluindo-as mesmo nas hipóteses de crimes militares em tempo de guerra. Hoje são previstas em profusão pelo estatuto miliciano, englobando inúmeros crimes de perigo e de desobediência, em franco desprestígio do princípio da proporcionalidade.

4. NORMAS PROGRAMÁTICAS DA CONSTITUIÇÃO PARA O DIREITO PENAL

Temos, por fim, as indicações criminalizantes endereçadas ao legislador ordinário.

Refere-se a Carta às seguintes recomendações punitivas: a) a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), b) a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (art. 5º, XLII), c) constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV); d) a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo e os crimes definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem (art. 5º, XLIII); e) as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (art. 225, § 3º), e f) a cobrança acima dos limites de taxas de juros reais será considerada crime de usura (art. 192, § 3º).

Luiz Luisi faz referência, ainda, a outras indicações do constituinte, embora não expressas como cláusula de criminalização, como a defesa do consumidor (ao qual o “Estado promoverá, na forma da lei”, art. 5º, XXXII) e a da tutela da intimidade que é proclamada inviolável, nos termos do artigo 5º, X¹⁹.

Deve ser previsto pelo legislador não só tipo penal acerca de violação discriminatória (por preconceito) do acesso às liberdades e garantias fundamentais –

19. Op. cit., p. 37.

objeto da indicação especificamente prevista no inciso XLII – bem como toda a forma de violação dos direitos de cidadania, atrelados à liberdade de expressão, de culto e consciência, de reunião, de associação, de manifestação e de eleição.

A criminalização da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado democrático é, como já se referiu, o cerne da proteção penal da nação sob o prisma da democracia. A repressão que se recomenda diz respeito ao atentado armado ao Estado – nunca por pensamentos, opiniões ou palavras – equiparando-se ação de militares e civis.

A tutela penal do meio ambiente e das relações de consumo já foram editadas, embora com uma incontável rede de tipos penais que privilegiam o perigo presumido – menoscabando o princípio da lesividade.

A tutela da intimidade, por fim, já reclama disciplina penal de há muito, sendo cada vez mais presente no cotidiano a invasão de privacidade, especialmente por meios técnicos. A preservação da intimidade deve projetar punição tanto ao que invade quanto ao que dá-lhe indevida publicidade.

Essas são, em resumo, algumas orientações que entendemos pertinentes à reforma penal, com base nas estruturas, nos princípios e nas indicações constitucionais. Nosso único objetivo foi o de colocar tais questões em discussão, neste privilegiadíssimo espaço, sem a pretensão de esgotar o tema ou de alicerçar sobre os pontos aduzidos verdades absolutas.

O LITISCONSÓRCIO NA LEI DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Marcelo José Magalhães Bonicio*

Sumário: 1. Aspectos gerais. 2. O papel do Poder Público. 3. As influências da ação popular. 4. O dissenso doutrinário. 5. Hipótese de litisconsórcio. 6. Conclusões.

* Procurador do Estado de São Paulo.

1. ASPECTOS GERAIS

No passado, a limitação contida no artigo 6º do CPC, que somente conferia legitimidade para agir ao substituto processual em hipóteses muito restritas, colbia a tutela dos interesses difusos e coletivos e dificultava, em muito, a pacificação dos chamados “conflitos de massa”.

Com a entrada em vigor das disposições trazidas pela Lei de Ação Civil Pública, elaboradas por prestigiosos juristas¹, vários conceitos tradicionais da ciência processual foram revistos, especialmente no tocante à legitimação para agir.

Assim, o ordenamento pátrio atualizou-se, assimilando fortes tendências mundiais², e atendendo aos clamores da sociedade, que exigia imediata correção das distorções existentes em áreas como o meio ambiente e relações de consumo, de intensa conflituosidade e grande impunidade dos responsáveis, no mais das vezes empresas poluidoras ou que manipulavam preços e produtos, onde os lesados, indeterminados ou indetermináveis, careciam de efetiva tutela jurisdicional: individualmente considerados, pouco podiam fazer.

A questão da efetividade da justiça está intimamente ligada à superação do problema segurança/agilidade, verdadeiro enigma que vai se dissipando na exata proporção da evolução do direito processual, que torna o poder jurisdicional, aos olhos da população, mais eficaz³, como ocorreu com as disposições da lei que regula a tutela dos interesses difusos e coletivos.

1. A comissão encarregada do anteprojeto de revisão do Código de Processo Civil era composta pelos juristas Luis Antonio de Andrade, Calmon de Passos, Kazuo Watanabe, Joaquim Correia de Carvalho e Sérgio Bermudes (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 278, passim), e pretendia alterar a redação do artigo 6º do CPC justamente para conferir legitimidade ao Poder Público e às associações para a tutela dos interesses difusos. O anteprojeto da Lei n. 7.347/85 foi da lavra de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior (cf. Hugo Nigro Mazzili, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 79).
2. Desnecessário lembrarmos a class action criada nos Estados Unidos, inspiradora das regras fundamentais da nossa ação civil pública. Na Itália, por iniciativa de Mauro Cappelletti, e no sentido da abertura do Judiciário, teve início uma profunda pesquisa sobre o acesso a Justiça, denominado Projeto Florença (The Florence Access-to-Justice Project), com a participação de juristas, sociólogos e economistas de diversas plagas, onde, em ensaio escrito pelo famoso professor, em co-autoria com Bryan Garth, concluiu-se que o movimento pelo acesso a Justiça constitui um aspecto central do moderno Estado social ou welfare State e, nos países ocidentais, esse movimento tem tomado forma em três fases, ou três ondas, iniciadas em meado da década de 60: a primeira onda consistiu na assistência jurídica (superação dos obstáculos decorrentes da pobreza); a segunda onda está relacionada às reformas necessárias para a legitimação da tutela dos “interesses difusos”, especialmente os respeitantes aos consumidores e pertinentes à higidez ambiental; e a terceira onda traduz-se em múltiplas tentativas com vistas à obtenção de fins diversos, tais como: procedimentos mais simples, juizados conciliadores, formas de justiça mais acessível e participativa, eliminação da burocracia. (Cf. Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, ob. cit.).
3. As regras processuais não encontram origem no cotidiano da sociedade, tal como ocorre com os contratos ou o direito de família. O cidadão não está interessado em formas processuais, mas tão-somente na rapidez das decisões judiciais. Basta observarmos que, em qualquer pesquisa de opinião,

O poder estatal, importante relembrar, é uno e apenas o seu exercício é que se dilui, segundo a teoria de Montesquieu, nas esferas legislativa, executiva e judiciária, como ramos de um mesmo tronco. Mas sempre “em nome do povo” submetido a esse poder.

Ao exercer este poder, o Estado deve observar determinada forma para não cometer injustiças nem incorrer no grave erro de tornar-se ditatorial, parecendo correto afirmarmos existirem fatores “legitimantes” deste exercício⁴.

2. O PAPEL DO PODER PÚBLICO

Razoável entendermos como os avanços trazidos pela lei que criou a ação civil pública (Lei n. 7.347/85), complementados pelas disposições gerais inseridas pelo Código do Consumidor (Lei n. 8.078/90), acabaram que por aumentar, em conteúdo e extensão, as responsabilidades do Estado e, conseqüentemente, os poderes necessários à efetiva atuação nessa área, que se traduziu na legitimidade para agir na pacificação dos “conflitos de massa”, conferida aos entes da federação (inclusive os municípios), ao Ministério Público e associações constituídas há pelo menos um ano.

Não raro o Poder Público acaba atuando com mais intensidade no pólo passivo das ações civis públicas, notadamente em se tratando de questões ligadas ao meio ambiente.

Interessa ao presente estudo apenas a questão do ingresso do Poder Público em ação civil pública proposta por co-legitimado, como ocorre na hipótese de ação popular, onde esse ingresso também se dá por idênticos motivos, mas de forma diferente, como veremos a seguir.

Releva destacarmos que várias questões alusivas à tutela dos interesses difusos e coletivos foram propositadamente expurgadas, de modo a centralizarmos nossa atenção no ingresso de um co-legitimado em ação proposta por outro, sem, obviamente,

o tema “morosidade” da Justiça é sempre o mais lembrado. Aliás, recentemente a Revista Veja (Editora Abril, ed. 1.535, v. 31, n. 8, de 25.2.98, p. 23) publicou interessante reportagem onde afirma que a lentidão da Justiça influi nas taxas de juros, encarecendo os negócios, pois aquele que pretende descumprir o pacto conta com a impunidade decorrente da morosidade da Justiça, de forma que os negócios são considerados, em nosso país, como sendo “de risco”.

4. A questão da legitimação pelo procedimento é mencionada, várias vezes, por Dinamarco (A instrumentalidade do processo), sempre se referindo à obra de Niklas Luhmann Legitimação pelo procedimento Brasília: UnB, 1980 (tradução brasileira de Maria da Conceição Corte-Real). Não é suficiente essa legitimação, todavia, se o Estado não estiver atento aos influxos axiológicos da sociedade, como ensina Dinamarco. No Poder Judiciário, segundo o mestre, vale a influência dos “precedentes jurisprudenciais”, que constituem verdadeira advertência dos riscos a que estão sujeitos os comportamentos divergentes, pois, “como se disse da auctoritas do Senado Romano, a força da jurisprudência ‘é mais do que um conselho e menos do que uma ordem’” (A instrumentalidade do processo, op. cit., p. 110).

contarmos com a pretensão utópica de obtermos a concordância de todos acerca de temas tão conflitantes⁵.

3. AS INFLUÊNCIAS DA AÇÃO POPULAR

Outrora, nosso ordenamento jurídico conhecia apenas a ação popular como instrumento hábil para a proteção do patrimônio público. Através desse mecanismo, conferia-se ao cidadão legitimidade⁶ para a propositura de medidas tendentes a questionar atos administrativos lesivos ao erário público, mediante a alegação de ilegalidade, onde os envolvidos ficam responsáveis pela integral reparação dos prejuízos causados.

Tal era a concepção individualista do direito processual. Como se observa, apenas o “cidadão” gozava dessa legitimidade, diversamente do que ocorre na atualidade, dada a “moleculização”⁷ da forma de tratamento desses problemas, cuja maior vitória está justamente nas conquistas consubstanciadas na Lei de Ação Civil Pública.

Na ação popular, embora o Poder Público seja citado, figurando inicialmente no pólo passivo, pode passar a atuar em favor do autor popular, como assistente, conforme permite o contido no artigo 6º, § 3º, da Lei n. 4.717/65, Lei de Ação Popular.

Essa assistência tem fundamento na regra geral do artigo 50 do Código de Processo Civil, pois resta preenchido, com sobras, o requisito da existência de “interesse jurídico”. Objetivamente, interessa ao Poder Público o desfecho da ação popular, principalmente nos casos em que entende correta a irrisignação do autor. Em situações assim, o ingresso só pode mesmo se dar como assistente, visto que, se

5. Mais vale a coerência com que cada um sustenta seu ponto-de-vista. Trata-se de grandiosa lição de Cândido Rangel Dinamarco: “O importante não é a utópica concordância de todos sobre os problemas científicos do Direito, mas a coerência com que cada um sustenta os próprios pontos-de-vista, e essa coerência não se atinge se não houver uma diretriz constante na apreciação dos diversos institutos em particular (Fundamentos do processo civil moderno. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 37).

6. Ainda não há concordância sobre a questão da legitimação do autor popular, sendo que, para alguns, ele possui legitimação ordinária, enquanto que, para outros, a legitimação é extraordinária. Perfilha a primeira corrente Rodolfo de Camargo Mancuso (Ação popular. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 131). Para Waldemar Mariz de Oliveira Jr., contudo, “o autor, que não está defendendo interesse próprio, mas sim o da comunidade, age como verdadeiro substituto processual do Poder Público” (Substituição processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 162). Também nesse sentido, ver RJTJESP 93/234. Particularmente, parece-me correto o primeiro entendimento, pois o Estado pode rever seus próprios atos, situação que torna desnecessária qualquer medida judicial, salvo para a condenação dos responsáveis na devolução dos valores.

7. O termo está a indicar a necessidade do “tratamento dos conflitos a partir de uma ótica solidarista e mediante soluções destinadas também a grupos de indivíduos e não somente a indivíduos enquanto tais”. (Cf. Dinamarco Candido Rangel, A instrumentalidade do processo, ob. cit., p. 278).

procedente o pedido, o Estado é que receberá de volta os valores, não se cogitando, por absurdo, que este pudesse ser condenado a indenizar a si mesmo⁸.

Ocorre que, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso⁹, o Estado não possui título que o legitime a propor a ação popular e não vem a juízo deduzir pretensão própria ou diversa da formulada pelo autor popular, de modo que, não possuindo legitimidade para atuar na ação popular, só lhe cabe a roupagem de assistente simples, a fim de auxiliar a parte principal a obter a procedência do pedido.

Essa seria, então, a primeira influência ditada pela Lei de Ação Popular e que repercutiu na Lei de Ação Civil Pública, de maneira a permitir que o Poder Público atue no pólo ativo ou no pólo passivo, conforme entenda correto, segundo se infere do contido no artigo 5º, § 2º, da Lei n. 7.347/85.

A segunda influência decorre, empiricamente, da regra que mandar cientificar o Poder Público (rectius: Fazenda Pública, expressão utilizada para designar o Estado “em juízo”) da propositura de ação popular, sendo que também passou-se a dar ciência da existência de ação civil pública onde estejam envolvidas questões que lhe digam respeito, direta ou indiretamente, mesmo não havendo regra explícita nesse sentido.

Ao tomar ciência, então, da propositura de ação civil pública com essas características, o Poder Público passa a atuar no feito, ingressando a posteriori no pólo ativo ou no pólo passivo.

Surge, nesse momento, acirrado debate acerca da forma que deve revestir esse ingresso. Para alguns, tal só poderia ocorrer na forma de “assistência litisconsorcial”, para outros ocorre, in casu, o litisconsórcio “ulterior”.

4. O DISSENSO DOUTRINÁRIO

Essa questão vem sendo intensamente debatida por renomados processualistas, já há algum tempo, sem que haja concordância a respeito do tema.

8. José Afonso da Silva já chegou a classificar a situação como sendo um “litisconsórcio facultativo necessário” (Ação popular constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 209), mas, como já expressou-se Alcebiades da Silva Minhoto Jr. (Teoria e prática da ação popular constitucional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 68): “o Estado (...) sempre deveria ser colocado na posição de vítima (se nos for permitida a nomenclatura) ou, no máximo, de simples assistente, ou dos autores, ou dos réus, *adjuvandum tantum*. Nunca, porém, na condição de réu.” Cf. Mancuso (Ação popular, ob. cit., p. 138-139), sendo que esse renomado autor concorda que a única posição possível é a de assistente simples.

9. Cf. Mancuso (ob. cit. p. 141). Enumera o autor boas razões para que assim seja: o Estado não possui título que o legitime a propor a ação popular e não vem a juízo deduzir pretensão própria ou diversa da formulada pelo autor originário.

Para entendermos a patologia, necessária é a perfeita identificação da fisiologia do sistema, fixando-se conceitos para uma razoável conclusão e buscando-se, por óbvio, uma regular coerência nos argumentos utilizados, até, e inclusive, para mantermos íntegra a unidade metodológica da ciência processual.

Expressa o artigo 54 do Código de Processo Civil que “considera-se litisconsorte da parte principal o assistente, toda vez que a sentença houver de influir na relação jurídica entre ele e o adversário do assistido.”

Segundo autorizada doutrina¹⁰, a figura do “assistente litisconsorcial” ou “qualificado” foi importada do ordenamento jurídico existente na Alemanha, mais precisamente o § 69 da ZPO alemã, que possui a seguinte redação: “Toda vez que, segundo os preceitos do Direito Civil, a sentença proferida no processo principal haja de produzir efeito de coisa julgada sobre a relação jurídica existente entre o interveniente e a parte contrária, o interveniente adesivo será considerado litisconsorte da parte principal.”

Teríamos, então, uma figura híbrida, formada pelo conceito de parte e terceiro.

Em verdade sabe-se que a figura da assistência litisconsorcial¹¹ tem origem no Direito italiano medieval, onde teria sido criada para justificar a intervenção dos co-legitimados na demanda em que algum deles participasse como autor ou réu. Em decorrência, teria a doutrina alemã criado a figura da *interventio mixta*, onde o terceiro interveniente teria também “legitimação principal” para a causa.

Mas, prossegue o eminente mestre Ovídio A. Batista da Silva¹²:

“tanto no direito medieval, quanto na construção alemã elaborada a partir do século XVIII, a assistência litisconsorcial sustenta-se no princípio de que, nos casos em que ela tenha lugar, ocorre uma situação intermediária entre a assistência adesiva simples, onde o terceiro interveniente não possui legitimação para a causa, capaz de permitir-lhe a proposição de uma demanda separada; e a oposição, dita intervenção principal pelos juristas alemães, caso em que o terceiro interveniente ingressa na causa para excluir o direito tanto do autor quanto do réu.”

Esse entendimento é de suma importância ao presente estudo. Urge fixarmos que o assistente litisconsorcial não é titular da mesma relação jurídica existente entre o assistido e seu adversário, mas sim “de algum vínculo jurídico capaz de sofrer influência da sentença”¹³.

10. Cf. Ovídio A. Batista da Silva, Assistência litisconsorcial, Revista de Processo, n. 30, p. 9.

11. Ibidem, p. 9.

12. Ibidem, p. 10.

13. Ibidem, p. 11.

Parece claro, portanto, ainda segundo o ilustre processualista citado¹⁴, como uma das características fundamentais da assistência, que:

“o assistente litisconsorcial não se transforma em parte, mas permanece como terceiro auxiliar da parte, desde que a relação jurídica que o liga ao adversário do assistido não é objeto do processo e, sendo assim, não é julgada diretamente pela sentença”.

E, portanto,

“o que define a figura da assistência litisconsorcial é a circunstância de poder a sentença exercer influência sobre uma relação jurídica existente entre o assistente e a parte contrária à assistida, caso em que o assistente é equiparado, sob o ponto de vista processual, a um litisconsorte.”

Ao final, expressa o processualista o entendimento de que aquele que for parte legítima deve ingressar no processo como litisconsorte, e não como assistente litisconsorcial, pois “o legislador brasileiro, ao disciplinar o instituto da intervenção adesiva litisconsorcial, demonstrou aguda percepção do equívoco cometido pelo legislador alemão, evitando incluir o efeito de coisa julgada contra o terceiro como um dos requisitos para a legitimação desse tipo de assistência.”

De fato, o artigo 55 do Código de Processo Civil determina que o assistente não poderá, em processo posterior, “discutir a justiça da decisão”, deixando evidente que o assistente não pode ser titular da relação jurídica discutida em juízo pois, se assim fosse, estaria este atingido pela coisa julgada, e não pela eficácia preclusiva desta, como fator de imunização da decisão¹⁵.

Por esses motivos é que a Lei de Ação Civil Pública estipula, em seu artigo 5º, § 2º, que “fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”.

Mas a questão parece longe de estar pacificada, em que pesem as boas razões acima expendidas.

Muitos entendem que o ingresso do litisconsorte, posteriormente, só pode se dar na forma de assistência litisconsorcial. Vozes autorizadas afirmam, em nosso país, que o assistente litisconsorcial é, na verdade, litisconsorte do assistido, “uma vez que a relação jurídica entre o assistido e o seu adversário também lhe pertence”,

14. *Ibidem*, p. 11.

15. Cf. Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

tanto que o “decisum atinge-lhe diretamente, na sua esfera jurídica. No plano material, é como se a sentença tivesse sido proferida em face do assistente mesmo.”¹⁶.

No caso da ação civil pública, mesmo diante dos termos claros em que a lei determina que o ingresso do co-legitimado seja feito na forma de litisconsórcio ulterior, há quem sustente que tal deve ocorrer na forma de assistência litisconsorcial¹⁷.

Outros autores, ao tratarem do tema, simplesmente omitem essa possibilidade, sem tomar partido na discussão¹⁸.

Ficou registrada a opinião de José Frederico Marques quanto ao assunto, na RT 181/842, mas, no caso, tratava-se de falta de legitimidade de agir ao autor inicial, não ao litisconsorte ulterior¹⁹, motivo pelo qual inadmitiu, o renomado processualista, o ingresso posterior.

-
16. Cf. Luiz Fux, *Intervenção de terceiros*, Saraiva, 1990, p. 13. Assim, também, Athos Gusmão Carneiro, *Intervenção de terceiros*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 119. Ainda, veja-se também a opinião de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de A. Nery (CPC comentado, 3. ed., atualizada até 1º.8.97, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 337, nota 3 ao art. 54): “A lide discutida em juízo é também do assistente litisconsorcial. A sentença atingirá diretamente a relação jurídica que o assistente litisconsorcial tem com a parte contrária ao assistido.”; e prossigue o autor, afirmando que o assistente litisconsorcial “poderia ter sido litisconsorte desde o início”.
 17. Cf. Hugo Nigro Mazzili, *A defesa...*, ob. cit., p. 236. Esse autor propõe que, se o ingresso do co-legitimado importar em aditamento à inicial, estaremos diante do litisconsórcio ulterior. Todavia, inexistindo alteração do aspecto objetivo da lide, teríamos a assistência litisconsorcial. Ousamos discordar para, conforme está no texto, adotarmos a teoria de não estar nas atitudes do co-legitimado a ratio para qualificá-lo como assistente ou litisconsorte. Já Mancuso admite o ingresso como litisconsorte, mas não descarta a possibilidade de assistência, lembrando que o artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública faz remissão à Lei de Ação Popular, onde apenas a assistência é admitida (Ação civil pública, op. cit., p. 146-148). Ainda nesse sentido, v. a posição José Marcelo Menezes Vigliar (Ação civil pública, São Paulo: Atlas, 1997. p. 76).
 18. É o que deflui da obra de Moacyr Amaral Santos (Primeiras linhas. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 14), que não trata da possibilidade de ingresso de co-legitimado. Também Arruda Alvim (Manual de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 81). Para Vicente Greco Filho (Direito processual civil brasileiro. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 118): “só é admissível litisconsórcio ulterior nos casos expressos em lei, como o que decorre do chamamento ao processo ou denunciação da lide”. No caso de denunciação da lide, todavia, não há falar em litisconsórcio ulterior, mas sim em assistência. É a opinião de Dinarmarco (Intervenção de terceiros. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 145), que joga uma pá de cal sobre o assunto, quando ensina que “dizer que assistente litisconsorcial é litisconsorte e não assistente significaria suplantar o substantivo pelo adjetivo e desprezar a essência daquele em consideração de uma especial adjetivação qualificadora (ob. cit., p. 146, nota de rodapé n. 27).
 19. O saudoso José Frederico Marques, na primeira sentença sobre ação popular prolatada após a Constituição de 1946, enfrentou interessante questão: na inicial constou como autor uma pessoa jurídica e, posteriormente, um cidadão pleiteou o ingresso no feito, no pólo ativo. Ao final, o processo foi extinto sem julgamento do mérito por ilegitimidade de parte, negando-se a admissão a posteriori. Correta a posição do memorável mestre, mas, na hipótese, ocorreu que o autor inicial não era parte legítima e o ingresso posterior daquele que detinha a legitimidade não poderia surtir efeitos retroativos, subvertendo a ordem processual. Tal não ocorre se tanto o autor inicial quanto o co-legitimado que ingressa posteriormente possuem legitimidade.

5. HIPÓTESE DE LITISCONSÓRCIO

A razão, porém, entendemos estar com Dinamarco, pois, segundo ensina o mestre, explicando que o assistente não é titular da relação de direito material subjacente: “o que legitima o terceiro a intervir como assistente é a titularidade de uma situação jurídica conexa ou dependente da *res in judicium deducta*”.

E, ainda, continua o ilustre processualista²⁰:

“qualificá-lo de litisconsorcial não significa erigi-lo em litisconsorte, pelo simples fato de que nada pede e em face dele nada se pede: não é autor nem réu, e, conseqüentemente, litisconsorte não é. Na locução assistente litisconsorcial prevalece o substantivo (assistente) sobre o adjetivo que o qualifica (litisconsorcial)”

Também, como já vimos, o assistente não fica sujeito aos efeitos da coisa julgada, mas, tão-somente, está impedido de rediscutir a justiça da decisão: “trata-se de autêntica eficácia preclusiva da coisa julgada e não da *res judicata* em si mesma”²¹.

Cumprido, então, concluímos que aquele que possui legitimidade para propor a demanda, ou que poderia figurar no feito desde o início, deve ingressar na qualidade de litisconsorte, e não como assistente litisconsorcial, pois, lembrando a feliz expressão de Chiovenda: “o processo deve proporcionar àquele que possui um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo a que ele tem direito”, temos que seria um contrasenso exigirmos de uma pessoa detendo legitimidade para propor a ação, apenas pelo fato de ter ingressado posteriormente, que venha a ser tratada como assistente litisconsorcial.

Não é o momento de ingresso que determina a posição que alguém irá ocupar no processo; mas, sim, a “situação legitimante”²² em que este alguém se encontra que é o fator determinante da posição a ser assumida.

A questão é de ordem pública: se alguém possui legitimidade para figurar como autor ou réu, inadmitte-se que ocupe a posição de assistente. Correto, então, entendermos que se a posição a ser ocupada não está na esfera de disponibilidade das partes, estas não podem optar pelo ingresso como assistente ou litisconsorte.

20. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Intervenção de terceiros*, ob. cit., p. 34-35.

21. *Idem*.

22. “Há, assim, necessariamente, uma situação legitimante ativa, que corresponde ao autor, e uma situação legitimante passiva, que corresponde ao réu, além de outras eventuais situações legitimantes que correspondem aos diversos possíveis intervenientes (...). Denomina-se legitimante a coincidência entre a situação jurídica de uma pessoa, tal como resulta da postulação formulada perante o órgão judicial, e a situação legitimante prevista na lei para a posição processual que a essa pessoa se atribui, ou que ela mesmo pretende assumir” (José Carlos Barbosa Moreira, *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, Revista dos Tribunais, n. 404, p. 9).

Não existem, em Direito, os chamados “minotauros”, constituídos de metades distintas: ou as coisas são ou não são. Portanto, ou alguém detém legitimidade para ser litisconsorte, e assim deve ser admitido no processo, ou esse alguém, quando muito, poderá figurar como assistente simples (se tiver mero interesse jurídico e nenhuma relação jurídica com o adversário do assistido) ou como assistente litisconsorcial (se tiver relação jurídica outra, diversa daquela discutida em juízo entre o assistido e seu adversário, colocada numa posição de prejudicialidade).

Em brilhante decisão (v. RT 645/84), tendo como relator o eminente desembargador Roque Komatsu, a colenda 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim se manifestou:

“Inadmissível a assistência litisconsorcial se inexistente relação jurídica entre o terceiro e o adversário do assistido. Apresentando o terceiro legitimidade para figurar como autor desde o início com relação ao objetivo do processo posto pela demanda inicial do autor originário, sem alterações quanto ao pedido e a causa de pedir, trata-se de litisconsórcio facultativo ulterior.” (Acórdão unânime).

Reveste-se de rigor excessivo e desnecessário o entendimento de que o litisconsorte deva ingressar como assistente litisconsorcial, pois, sem embargo dos impedimentos já enumerados, temos que o assistente litisconsorcial, segundo a redação do artigo 54 do Código de Processo Civil, “é tratado como se litisconsorte fosse”, onde, partindo do pressuposto corrente de que a lei não contém palavras inúteis, impende concluirmos que essa regra de tratamento está voltada somente para aquele que não é, nem poderia ter sido, litisconsorte.

Seria risível entendermos que o artigo supra manda tratar o litisconsorte como se litisconsorte fosse ...

Essa interpretação leva ao absurdo e, como tal, não merece consideração.

E mais: os termos do artigo 54 do Código de Processo Civil estão inofismavelmente dirigidos para o “terceiro”, titular de uma relação jurídica outra que não aquela discutida em juízo, pois ao dispor que “toda vez que a sentença houver de influir” em relação jurídica entre ele e o adversário do assistido por certo só pode estar se referindo a uma relação jurídica outra, diferente daquela discutida entre o assistido e seu adversário. Ora, se entendermos o contrário, a redação do artigo seria uma contradição em si mesma, pois toda sentença tem, por conseqüência lógica, influência na relação jurídica de direito material subjacente (criando, modificando, extinguindo, declarando a existência ou inexistência), padecendo de sentido um artigo que tratasse dessa influência.

Acrescente-se ainda que o pedido de assistência pode sofrer impugnação, como determina o artigo 51 do Código de Processo Civil, ao passo que o ingresso de litisconsorte não pode se sujeitar ao crivo das partes sob pena de violação ao direito de ação, garantia constitucional inalienável, pois o litisconsorte é titular dos direitos discutidos, de modo que deve gozar de todos os instrumentos legais existentes para a tutela desses direitos.

Por último, cumpre lembrarmos que o titular da relação jurídica discutida em juízo será atingido pela extensão subjetiva da coisa julgada, fator imunizante que o impedirá de rediscutir a decisão. Assim, por sofrer tão diretamente os efeitos da sentença, esse alguém, que também é titular, deve ter seu ingresso garantido na qualidade de litisconsorte, para que possa atuar efetivamente na defesa de seus interesses.

Aceito o ingresso do litisconsorte, ainda que posteriormente, convém ressaltarmos que este poderá aditar o pedido, modificando os aspectos objetivos da demanda. Nessa hipótese, o limite temporal para admissão dessa alteração é o momento de "saneamento" do processo²³.

Não pretendendo o litisconsorte que ingressa promover qualquer alteração nos limites objetivos, mais fácil ainda é admitirmos esse ingresso, ainda que em grau de recurso²⁴.

Apenas no tocante ao processo de execução é que não poderíamos admitir o ingresso de um litisconsorte que não figurou na demanda de conhecimento ex vi do contido no artigo 472 do Código de Processo Civil, simplesmente pelo fato de que este não consta no título judicial.

A exceção a essa regra encontra-se exatamente na Lei de Ação Civil Pública, onde, conforme consta no artigo 15 da Lei n. 7.347/85, caso a associação autora não promova a execução, no prazo de sessenta dias, qualquer co-legitimado poderá fazê-lo, ainda que este não tenha participado do processo de conhecimento.

23. Cf. Dinamarco (Litisconsórcio, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 340), "admitir tal intervenção após o saneamento significaria forçar o retrocesso do procedimento a fase já preclusa (postulatória), o que seria tumultuário e incompatível com o sistema brasileiro de procedimento rígido. Atualmente, não há espaço mais para o "despacho saneador" (v. art. 331, § 2º, do CPC), que ficou relegado para a segunda parte da audiência preliminar (cf. Dinamarco, A reforma do código de processo civil, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 129-130). Infelizmente, na prática, muitos juízes ainda não se convenceram disso, insistindo em proferir o "despacho saneador".

24. Prossegue ainda Dinamarco: "Esse interveniente, que poderia figurar no feito desde o início, a ele adere e ali prossegue, não como assistente (porque legitimado a conduzir a causa na condição de parte principal), mas como litisconsorte, ao mesmo nível de autonomia que o autor da demanda inicial. Nada ampliando o novo autor no objeto do processo pendente e, por consequência, também nada no objeto do conhecimento do juiz, menos dificuldades ainda existem à admissão dessa forma de intervenção litisconsorcial, sendo admissível inclusive em grau de apelação (v. RT 514/194)." (Litisconsórcio, ob. cit., p. 344).

Para corroborar a idéia de que o co-legitimado não se enquadra na figura de assistente simples ou de assistente litisconsorcial, visualizemos alguns exemplos, embora reconhecendo não haver exata concordância sobre eles.

É caso de assistência simples o ingresso do herdeiro na ação de investigação de paternidade, para auxiliar o requerido. Inexiste relação jurídica de direito material entre o assistente e o adversário do assistido, capaz de sofrer qualquer influência direta da sentença. Mas, há interesse jurídico a supedanear o ingresso do assistente, pois a sua esfera jurídica será atingida, reflexamente, pelo resultado da ação.

No artigo 42, § 2º, do Código de Processo Civil, consta que os adquirentes de coisa ou cessionários de direitos litigiosos poderão ingressar como assistentes litisconsorciais para assistir o alienante ou o cedente. Nesse caso, parece evidente existir uma relação outra, que não aquela discutida em juízo, entre o assistente e o adversário do assistido, principalmente se considerarmos que a discussão inicial sobre a coisa litigiosa pode decorrer do direito de sucessão, ou, ainda, ter cunho contratual ou hipotecário. Enquanto o adquirente, por certo, terá a discutir somente o direito real de propriedade ou retenção por benfeitorias em relação ao adversário do assistido, relação essa colocada num nexo de prejudicialidade em relação à primeira.

Ainda, como hipótese de assistência litisconsorcial, podemos citar o exemplo de Sergio Ferraz (Assistência litisconsorcial no direito processual civil, apud, Ovídio A. Batista da Silva, op. cit., p. 27), segundo o qual o usufrutuário, em ação de reivindicação movida em relação a quem lhe deu o imóvel em usufruto, poderá ingressar para auxiliar este, considerando que o usufruto se extinguirá perdendo o réu a ação.

Enfim, quando aquele que deseja ingressar no processo for também titular da relação jurídica de direito material subjacente, como é o caso do co-legitimado na área de ação civil pública, cumpre a ele requerer sua admissão como litisconsorte, nos exatos termos da Lei n. 7.347/85.

6. CONCLUSÕES

Assim, acreditando no acerto da admissibilidade a posteriori do litisconsorte que não figurou inicialmente na demanda, entendemos necessário deixar claro alguns pontos, válidos a título de argumentação, cuja essencialidade ao discurso jurídico já foi brilhantemente estudada²⁵.

25. Cf. Maria José Constantino Petri, *Argumentação lingüística e discurso jurídico*, Selinunte, 1994, p. 11.

O assunto é árduo, como já entendemos, e os que negam tal possibilidade talvez prefiram uma postura mais conservadora, resguardando a estabilidade processual de possíveis tumultos que adviriam com o ingresso de novos litisconsortes no feito.

Compreensível tal cautela, mas, como já entendemos, o binômio segurança/agilidade funciona, em sede processual, como duas extremidades de um todo, onde, à medida que uma avança, a outra recua, e por isso constitui o epicentro de todas as discussões processuais, sem exagero.

O atual estágio da civilização exige dos cientistas uma postura mais dinâmica e finalista, ou “de resultados”, se assim se preferir, que se traduz numa visão “instrumentalista” capaz de conseguir o melhor resultado possível, com o máximo aproveitamento dos atos praticados.

Então imaginemos que, se inadmitirmos o ingresso do litisconsorte, este terá de propor outra ação, com o mesmo pedido e causa de pedir, dando margem a decisões diversas e culminando por sobrecarregar ainda mais a pauta do Poder Judiciário.

Mais proveitoso que se admita esse ingresso a posteriori, ainda que expressamente não exista autorização legal para tanto, contrariando a opinião de Greco Filho²⁶, pois mais vale a existência de apenas uma demanda, mesmo que subjetiva e objetivamente mais complexa, do que duas ou mais, todas tratando do mesmo caso, apenas diferenciando-se quanto às pessoas que ocupam os pólos da mesma.

A expressão “mantendo-se as mesmas partes”, contida na redação do artigo 264 do Código de Processo Civil, só pode, e deve, ser entendida como proibição de alteração quanto à substituição ou retirada das pessoas que figuraram inicialmente no feito, mas não quanto ao acréscimo de outros litisconsortes.

Resumidamente, podemos afirmar que:

a) As inovações trazidas pela Lei de Ação Civil Pública provocaram verdadeira reestruturação nos antigos conceitos da ciência processual, especialmente quanto à legitimação para agir;

b) Quanto a esta, abandonando-se a estreita bitola do artigo 6º do Código de Processo Civil, logrou-se um alargamento do campo de atuação, na tutela dos interesses difusos e coletivos, por parte do Ministério Público, entes da federação e associações;

26. Ob. e loc. cit.

c) Atento aos clamores da sociedade, o Poder Público, habilitado a atuar segundo as disposições da lei de ação civil pública, deve proceder a essa atuação de maneira exímia;

d) A par do contido no artigo 5º, § 2º, da Lei n. 7.347/85, que lhe faculta o ingresso como litisconsorte, e por possuir legitimidade para propor a demanda, o Poder Público não pode figurar no processo apenas como assistente;

e) A situação não se enquadra na hipótese de assistência simples, nem na de assistência litisconsorcial, de modo que lhe cabe assumir posição, na ação civil pública proposta por outro co-legitimado, como litisconsorte;

f) Ainda que não houvesse autorização legal, o certo é que o ingresso posterior de litisconsorte deve ser admitido, não só pela inexistência de proibição, mas, e principalmente, pela maximização dos resultados e simplificação dos julgamentos que acarreta;

g) Tal entendimento decorre da visão instrumentalista e desemperrada que vem, nos últimos tempos, tentando tornar mais ágil a prestação do ofício jurisdicional, tão almejada por todos.

A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DO DISTRITO FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO

Robson Flores Pinto*

Sumário: 1. Introdução. 2. O Distrito Federal na Constituição de 1988. 3. Competência tributária. 3.1. Aspectos gerais. 3.2. A Constituição como fonte exclusiva das competências tributárias. 3.3. A definição. 3.4. Do exercício e das limitações da competência tributária. 3.5. A repartição constitucional das competências tributárias. 3.6. Características da competência tributária. 3.6.1. Privatividade. 3.6.2. Indelegabilidade. 3.6.3. Incaducabilidade. 3.6.4. Inalterabilidade. 3.6.5. Irrenunciabilidade. 3.6.6. Facultatividade de exercício. 3.6.7. Conclusão parcial. 4. O princípio federativo e a competência tributária. 4.1. Notas preliminares. 4.2. Federação: conceito e peculiaridades. 4.3. A Federação brasileira. 4.4. O princípio federativo e sua importância no Brasil. 4.5. As competências do Distrito Federal. 5. A competência tributária do Distrito Federal. 5.1. A competência do Distrito Federal para criar taxas e contribuições. 6. Conclusões.

* Procurador do Estado de São Paulo, Professor de Direito Constitucional da UNITAU e Mestre em Direito pela PUC/SP.

1. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 5 de outubro de 1988, pela primeira vez no Brasil, desde 1891, o Distrito Federal deixou de ser apenas a sede administrativa do Governo Federal para assumir o status de pessoa política, vale dizer, de pessoa jurídica dotada de capacidade de auto-organizar-se. Essa significativa alteração no cenário de nossa Federação refletiu-se com intensidade e importância no sistema constitucional tributário, porquanto a Lei Suprema outorgou ao Distrito Federal, através de sua Câmara Legislativa, competência tributária para criar, in abstracto, variada gama de tributos (impostos, taxas e contribuições), ora pertencentes aos Estados-membros e ora aos Municípios (cf. arts. 32 § 1º, 145, 147 in fine, todos da CR).

É sobre essas competências que versa o presente trabalho.

Para tanto, vejamos em apertada síntese o novo delineamento do Distrito Federal, traçado pela Carta Política de 1988.

2. O DISTRITO FEDERAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Após a promulgação da Constituição de 1988, o Distrito Federal passou a gozar da mais ampla autonomia, autogovernando-se através de leis e autoridades próprias.

Autonomia, lembramos, é a faculdade que tem um ente público de organizar-se juridicamente, criando um direito próprio. No Brasil é autônoma a pessoa jurídica de direito público que pode legislar.

Portanto, a autonomia pressupõe a competência legislativa.

De fato, agora o Distrito Federal tem Executivo, Legislativo e Judiciário próprios, independentes e harmônicos entre si. Seu Governador, seu Vice-Governador, Deputados (Distritais e Congressuais) e Senadores são eleitos pelos cidadãos que nele habitam, por meio de voto direto, secreto, universal e periódico, a teor do disposto no artigo 32 § 2º da CR. Os Deputados Distritais se reúnem em Câmara Legislativa, que tem inclusive competência para criar o ordenamento jurídico local. Ademais, possui Tribunais e Juízes próprios, que gozam de todas as prerrogativas da Magistratura constitucionalmente asseguradas, a saber: vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos etc.

A par disso, o Distrito Federal participa da formação da vontade política nacional, elegendo, para tanto, Deputados Federais, que representarão no Congresso Nacional a vontade dos cidadãos do Distrito Federal e Senadores (representantes dele próprio, na Câmara Alta), ex vi do disposto no artigo 45 e 46 § 1º da Constituição da República.

Sobreleva notar, assim, que o Distrito Federal, após a promulgação da Constituição de 1988, foi alçado à categoria de “entidade pública territorial”, não só

dotada de autonomias administrativa, legislativa e judiciária, como também de autonomia constitucional. É hoje, tal como a União, Estados e Municípios, autônomo politicamente. Titulariza competências próprias; legisla sobre elas e as administra por meio de autoridades próprias¹.

Ademais, o Distrito Federal passou a ter um ordenamento constitucional próprio, livremente elaborado por sua Assembléia Legislativa e revisável somente por ela, sem outro limite, senão aos chamados princípios jurídicos sensíveis da Magna Carta (forma republicana de governo, respeito à Federação, aos direitos individuais, suas garantias etc.). Aliás, diga-se de passagem que esses princípios devem ser observados também pelos Estados federados e pelos Municípios enquanto editam, respectivamente, suas Cartas Magnas e sua Leis Orgânicas. Vale dizer, o Distrito Federal votará por seus Deputados Distritais a sua Lei Orgânica, verdadeira Constituição local, segundo preceitua o artigo 32 da vigente Carta Política Brasileira: “O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, rege-se por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa que a promulgará, atendido os princípios estabelecidos nesta Constituição”.

Resta, assim, inferir-se que o Distrito Federal foi elevado pela Lei Suprema de nosso País à posição de pessoa política, isônoma, neste particular, aos Estados-membros, aos Municípios e à própria União. Seu ordenamento jurídico forma um autêntico sistema estatal completo, regulando todos os órgãos através dos quais se manifesta o poder do Estado. É, portanto, ente integrante da Federação brasileira, regido por seus próprios governantes; não mais por pessoas sujeitas ao controle da União, que, doravante, registre-se, só intervém no Distrito Federal nas circunstâncias excepcionálísimas elencadas no artigo 34 da Constituição da República. Aliás, as mesmas que autorizam a intervenção federal nos Estados-membros.

Em suma, o Distrito Federal é em tudo, ente político que legisla para si de acordo com as competências que lhe foram outorgadas pela Constituição da República. Nenhuma lei, que não as editadas por sua Câmara Legislativa, poderá ocupar-se com assuntos de seu peculiar interesse, mormente em se tratando de criação e arrecadação dos tributos de sua competência.

E, em matéria tributária, a Câmara Legislativa do Distrito Federal tem competência para criar, in abstracto, os “tributos estaduais e municipais”, à vista do disposto nos artigos 32 § 1º, 145, 147 in fine e 155, todos da Constituição da República.

Se assim é, o que vem a ser Competência Tributária?

1. Michel Temer, com amplas observações acerca da natureza jurídica do Distrito Federal na nova Constituição de 1988. (Elementos de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 102).

3. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

3.1. Aspectos Gerais

Em nosso País, em virtude de uma série de disposições constitucionais, não se concebe poder tributário (incondicionado, absoluto), mas tão-somente competência tributária (disciplinada, moldada pelo Direito).

Entre nós, a força tributante estatal não se desenvolve livremente. Ao reverso, atua dentro e nos exatos limites do direito positivo. Cada uma das pessoas políticas não possui, em nosso País, poder tributário, ou seja, manifestação de *ius imperium* do Estado, mas exercita apenas a sua competência tributária, vale dizer, a manifestação da autonomia da pessoa política havida diretamente do ordenamento jurídico-constitucional. Por isso, a competência tributária fica adstrita às normas constitucionais.

3.2. A Constituição como fonte exclusiva das Competências Tributárias

No Brasil, a Constituição da República é a “Lei Tributária Fundamental”, pois é ela que contém as diretrizes básicas de todos os tributos.

Todavia, a Constituição não criou tributo. Poderia tê-lo feito, porque o Poder Constituinte é soberano, mas no entanto não o fez. Por isso, ninguém pode ser compelido a pagar tributo apenas com base na Carta Constitucional.

Mas, se a Constituição não criou tributos, o que ela fez então?

Responde-nos Roque Carrazza que ela fez, basicamente, quatro coisas: I) discriminou competências para que as pessoas políticas, querendo, viessem a criar tributos; II) classificou os tributos em espécies e subespécies; III) traçou a regra-matriz, o arquétipo genérico, a norma padrão de incidência das várias espécies e subespécies de tributos; e IV) apontou as limitações ao exercício das competências tributárias².

Por outro lado, muito embora a Constituição não tenha criado tributos, ela previu em seu ordenamento as chamadas “normas de estrutura”, isto é, normas que, como explica Paulo de Barros Carvalho³, disciplinam a produção de outras normas. E pertencem a essa categoria as normas constitucionais que tratam das competências tributárias⁴. Tais normas autorizam os Legislativos da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal a criarem in abstracto tributos, bem como a

2. Constituição como fonte do direito tributário. Revista de Direito Tributário, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 177, out./dez. 1988.

3. Curso de direito tributário. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 68-69.

4. A respeito ver Sérgio de La Garza (Derecho financiero mexicano. México: Porrúa, 1969. p. 35).

estabelecerem o modo de lançá-los e arrecadá-los, impondo também a observância de vários princípios que garantem os direitos dos contribuintes.

Vejamos, pois, em síntese, a definição de Competência Tributária.

3.3. A Definição

Acerca de definição, Irving Copi consigna que a mesma é a explicação do significado de um termo. Em sendo assim, não se pode por razões óbvias obter o definiens pelos termos do próprio definiendum. Equivale dizer, que a definição não deve ser circular.

Convém, no entanto, sermos breves o suficiente nesta tarefa, a fim de, o quanto possível, guardar retidão semântica com o significado do termo competência tributária, que nada mais é que a aptidão jurídica para criar in abstracto tributos.

Sabe-se, por força do artigo 150, inciso I da CR, que os tributos só podem ser criados através de lei, que por sua vez deve descrever todos os elementos essenciais da norma jurídica, ou seja, a hipótese da incidência material do tributo, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo e sua alíquota.

Assim, a competência tributária é a possibilidade de criar, in abstracto, tributos, descrevendo, através da lei, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos e passivos, suas bases de cálculo e suas alíquotas.

Logo, pode-se afirmar que exercitar a competência tributária é dar nascimento a tributos no plano abstrato.

Neste sentido, averba Hector Villegas que: “a competência tributária (ou poder tributário) é a faculdade que tem o Estado de criar unilateralmente tributos”⁵.

Por fim, lembramos ainda que somente quem pode tributar pode igualmente aumentar ou diminuir a carga tributária, ou até suprimi-la através da não-tributação pura e simples ou do emprego do mecanismo da isenção.

3.4. Do exercício e das limitações da Competência Tributária

Com a criação da lei, esgota-se o exercício da competência tributária. Noutras palavras, o Poder Legislativo, no momento em que baixa normas substantivas que estabelecem os pressupostos objetivos e subjetivos da obrigação tributária (a hipótese de incidência material do tributo, os sujeitos ativos e passivos da obrigação tributária, a base de cálculo e sua alíquota), exaure por completo o exercício da competência tributária haurida diretamente da Constituição.

5. Curso de direito tributário. Trad. de Roque A. Carrazza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 82.

Temos, pois, que a competência tributária, uma vez exercida pela edição da lei, desaparece, cedendo passo à capacidade tributária, que surge então.

No que pertine às limitações impostas à competência tributária, esta já nasce limitada, pelo menos no Brasil, eis que a Lei Maior Tributária assim impõe.

De fato, a competência tributária encontra nas normas constitucionais a sua primeira limitação. Por isso, o respeito devido a tais normas é absoluto e sua violação importa em manifesta inconstitucionalidade da lei tributária, que não deve jamais desbordar dos limites materiais ou territoriais impostos pela Lei Suprema para o exercício da Competência Tributária.

A respeito, preconiza Afonso Arino de Melo Franco que “nos casos de países de Constituição rígida, como se dá entre nós, os limites das competências se encontram claramente estabelecidos; os meios de coordenação das atividades expressamente configurados; os remédios para os distúrbios e invasões de autoridades perfeitamente preceituados”⁶.

Afinam-se com o excerto acima as ponderações de Geraldo Ataliba, quando afirma que a Federação “implica igualdade jurídica entre a União e os Estados, traduzida num documento (constitucional) rígido, cuja principal função é discriminar a competência de cada qual, de modo a não ensejar violação da autonomia recíproca por qualquer das partes”⁷. Podemos acrescentar a isso que também os Municípios e o Distrito Federal, para que possam fazer valer suas autonomias, recebem da Magna Carta competências bem recortadas e privativas (arts. 153, 154, 155 e 156).

Outra limitação ao exercício da competência tributária pelo legislador ordinário é aquela imposta pelos grandes princípios constitucionais, que também não podem ser violados. É o caso dos princípios: republicano, federativo, da autonomia municipal, da segurança jurídica, da irretroatividade, da legalidade, da capacidade contributiva, da anterioridade, dentre outros.

Referenciados princípios operam como balizas que não podem ser transpostas pelo poder tributante estatal. Eles direcionam e demarcam a ação estatal de tributar, que somente será válida se a todos observar.

Em suma, podemos afirmar que a Constituição, direta ou indiretamente, limita o exercício da competência tributária, seja mediante preceitos especificamente dirigidos à tributação, seja de modo oblíquo, quando disciplina outros direitos, como v.g., os relativos à propriedade, à proibição de confisco etc.

6. Estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 148.

7. Princípio federal: rigidez constitucional e Poder Judiciário. In: Estudos e Pareceres de Direito Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 9.

Ilimitada, de resto, não é, nem mesmo a autonomia das pessoas políticas, que encontram na competência tributária uma das mais salientes manifestações.

3.5. A repartição constitucional das Competências Tributárias

No Brasil, têm competência tributária somente as pessoas políticas. Só as pessoas políticas? Só as pessoas políticas!

Por que?

Porque só elas têm o poder legiferante, e somente quem legisla pode tributar.

E quem é que legisla validamente no Brasil? Apenas a União, os Estados-membros, os Municípios e, agora, também o Distrito Federal. Somente essas pessoas políticas é que receberam do Diploma Máximo competência para criar, em caráter privativo, todas as modalidades de tributos, ou seja, os impostos, as taxas e as contribuições.

De notar-se, então, que a Constituição delimitou o campo tributário e atribuiu em caráter privativo uma parte dele à União; outra a cada um dos Estados federados; ainda outra a cada um dos Municípios, e a última fatia entregou ao Distrito Federal, (cf. os arts. 153 usque 156 da CR).

Quanto ao Distrito Federal, como já vimos, hoje ele goza a mais ampla autonomia política de toda a história constitucional brasileira. Ele se autogoverna mediante leis e autoridades próprias. Tem Governador e Vice-Governador, e seus Deputados e Senadores são eleitos pelo povo que nele habita⁸.

O Distrito Federal também tem ordenamento constitucional próprio (a sua Lei Orgânica), verdadeira Constituição Distrital que obedece apenas aos princípios jurídicos sensíveis da Carta Suprema⁹.

Agora, a União já não pode intervir constantemente no Distrito Federal para impor-lhe diretrizes administrativas e políticas, tais como: nomear o seu Governador, estipulando o que ele deve ou não fazer etc. Isso fica claro pela disposição constante do artigo 34 da Constituição da República, quando assevera: "A União não intervirá

8. Isso vem reforçado e preceituado no parágrafo 2º do artigo 32 da Constituição da República, assim verberado: "a eleição do Governador e Vice-Governador, observadas as regras do artigo 77, e dos Deputados Distritais, coincidirá com a dos Governadores e Deputados Estaduais, para mandato de igual período".

9. Dispõe o caput do artigo 32 da CR que: O Distrito Federal, vedada a sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de 10 dias e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que promulgará atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição".

nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes das unidades da Federação (...)", e assim por diante.

Portanto, hoje o Distrito Federal goza de irrestrita autonomia. Pessoa Política que é, legisla para si de acordo com as competências recebidas diretamente da Constituição. Nenhuma lei que não a editada por sua Assembléia Parlamentar poderá ocupar-se com assuntos de seu peculiar interesse; tanto mais no que pertine à instituição e à arrecadação dos tributos de sua exclusiva competência. Aliás, a Câmara Legislativa poderá criar para o Distrito Federal os tributos de competência dos Estado-membros e aqueles reservados aos Municípios. Nesse particular, ela fará as vezes de Assembléia Legislativa dos Estados e das Câmaras dos Vereadores. Isso vem nitidamente preceituado no artigo 32, parágrafo 1º da CR, quando afirma: "Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios". Com reforço no artigo 147, in fine: "...; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais". Asseverando no artigo 155 que: "Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir: I - impostos sobre: a) transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos; b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; c) propriedade de veículos automotores; e d) o imposto adicional de até cinco por cento do que for pago à União por pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas nos respectivos territórios, a título do imposto de renda ou proventos de qualquer natureza incidentes sobre os lucros, ganhos e rendimentos de capital".

Nota-se, assim, que o Distrito Federal obteve na atual Constituição um enorme dilargamento de sua competência tributária, cabendo-lhe, cumulativamente, os impostos, as taxas e as contribuições dos Estados-membros e dos Municípios.

Todavia, registre-se mais uma vez que a Constituição delimitou muito bem o espectro tributário das pessoas políticas integrantes de nossa Federação, entregando a cada uma delas determinada porção de competência tributária. Disso defluiu que, para a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal, a Constituição é a Carta das Competências, porquanto é nela que essas pessoas políticas encontram o que podem e o que não podem fazer, notadamente em matéria tributária.

Por derradeiro, uma observação quanto a este tópico: a de que a Constituição não criou tributos. Ela apenas limitou-se a repartir as Competências Tributárias entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Os tributos, entretanto, só surgirão in abstracto quando editada por meio de lei a norma jurídica tributária e, in concreto, quando acontecer no mundo fenomênico o fato imponível. Ademais, a Constituição, ao repartir as competências tributárias, estabeleceu, ainda que por vezes

de modo implícito e com certa margem de discricionariedade, para a pessoa política legiferante – a norma padrão de incidência de cada exação – ou seja, a hipótese de incidência material do tributo, o sujeito ativo, o sujeito passivo, a base de cálculo e a alíquota das várias espécies e subespécies de tributos. Em suma, o legislador, ao exercer sua competência tributária, não poderá “arredar pé” da norma padrão de incidência do tributo predefinida pela Constituição. Vale dizer, o legislador não poderá fugir desse arquétipo constitucional, sob pena de resvalar-se para o campo da inconstitucionalidade.

3.6. Características da Competência Tributária

A competência tributária caracteriza-se pela: I) privatividade; II) indelegabilidade; III) incaducabilidade; IV) inalterabilidade; V) irrenunciabilidade; e, VI) facultatividade do exercício.

Vejamos, em síntese, cada uma destas características:

3.6.1. Privatividade

Como vimos, o campo tributário foi minuciosamente repartido pelo constituinte entre a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. A cada um deles foram outorgadas, de modo exclusivo, áreas de tributação próprias e inconfundíveis, de tal sorte que a norma constitucional tratando da competência tributária confere à pessoa política contemplada a virtude de criar certo e determinado tributo. Ao fazê-lo, em razão de critérios territoriais e materiais, recusa, ipso facto, essa possibilidade às demais pessoas políticas nela não indicadas. Percebe-se, desta forma, que a regra constitucional que atribui a determinada pessoa política certa dose de competência tributária, exclui a da outra pessoa política; ou seja, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal têm competências privativas para criarem os seus tributos, nas modalidades de impostos, taxas e contribuições.

3.6.2. Indelegabilidade

As normas constitucionais que partilham as competências tributárias são indelegáveis. Isto é, cada pessoa política que recebeu diretamente do Texto Supremo a sua competência tributária não pode dela abrir mão, ou seja, não pode renunciá-la ou transferi-la a terceiros. É livre tão-somente para deixar de exercitá-la, mas não para delegá-la ou transacioná-la com terceiros, ainda que por meio de lei.

A respeito, ensina-nos Celso Antônio Bandeira de Mello que: “As competências públicas outorgadas pela Constituição não são bens disponíveis, não podem ser transacionadas, gratuita ou onerosamente, pelas pessoas públicas nelas investidas. É sabido e ressabido que sua disposição escapa ao alvedrio de quem as possui. Por isso

não há como intercambiá-las. São comandos impositivos para as entidades que a receberam. Em nada se assemelham a bem jurídicos transmissíveis”¹⁰.

Daí se segue que, muito embora a pessoa política seja titular de certa dose de competência tributária, podendo, inclusive, com exclusividade criar o tributo, não lhe pertence o domínio, mas apenas a sua titularidade, desde que submetida às normas constitucionais.

3.6.3. Incaducabilidade

O tempo, que tudo apaga, em matéria de competência tributária não tem esta peculiaridade.

Com efeito, o não-exercício da competência tributária pela pessoa política, ainda que por longo lapso temporal, não lhe acarreta a caducidade ou lhe impede de, querendo, criar por meio de lei, os tributos que lhe foram constitucionalmente outorgados. Essa característica, diga-se de passagem, é conseqüência lógica da incaducabilidade da função legislativa, da qual a função de criar tributos é parte¹¹.

3.6.4. Inalterabilidade

A competência tributária, uma vez outorgada pelo Texto Supremo, não pode ser alterada por quaisquer dos entes políticos que a receberam, pois não possuem titularidade jurídica para isto. Somente à Constituição é dado alterar a competência tributária da União, dos Estados-membros, dos Municípios e do Distrito Federal.

Se porventura qualquer pessoa política pretender, ainda que mediante lei, dilatar os espectros de sua competência tributária, uma de duas: ou essa norma invadirá seara imune à tributação, ou vulnerará competência tributária alheia. Seja num, como noutro caso, a conseqüência será a mesma: a inconstitucionalidade do ato normativo.

3.6.5. Irrenunciabilidade

Em sendo a competência tributária matéria de direito público constitucional e, portanto, indisponível por quem a titulariza, não poderão seus titulares (União, Estados,

10. Abastecimento de Água – Serviço Público – Regime Jurídico – Tarifas. Revista de Direito Público, n. 55-56, p. 100.

11. Não há confundir, incaducabilidade da competência tributária com prescribibilidade da capacidade tributária ativa. A primeira diz respeito à competência tributária para criar in abstracto o tributo. Logo, imprescritível e não sujeita à caducidade. Já na segunda, é prescritível, porque, senão dentro dos prazos legais prefixados pela lei, seu titular fica impedido de obter, no caso concreto, o tributo. Outrossim, quando as leis tributárias cuidam da prescrição v.g. no artigo 174 do CTN elas se referem não à competência tributária mais aos direitos e as ações da Fazenda Pública, enquanto titular do crédito tributário, isto é, do direito subjetivo à percepção do tributo.

Municípios e o Distrito Federal), ainda que o façam por meio de lei, renunciá-la. Essas pessoas políticas não podem dizer que não mais tributarão determinado fato inscrito em sua esfera de competência tributária.

A renúncia, pura e simples ao direito de criar in abstracto o tributo, é absolutamente ineficaz, eis que em sendo a mesma indisponível, não é passível de renúncia pelos seus eventuais titulares. Isso, aliás, advém do próprio princípio republicano, pois, em sendo a res, é pública, não podendo a pessoa política, assim, dela abrir mão através de renúncia.

3.6.6. Facultatividade de exercício

Conquanto as pessoas políticas não possam delegar ou renunciar às suas competências tributárias, podem, entretanto, valer-se ou não das mesmas. Donde concluir que, podendo o mais (não criar o tributo), podem o menos, ou seja, utilizar apenas em parte suas competências tributárias.

Todavia, ressalte-se que a não-utilização por parte de uma pessoa política de sua competência tributária, não a autoriza a usurpar-se de outra. Tal usurpação, se vier a ocorrer, caracteriza flagrante inconstitucionalidade por invasão de competência.

A respeito, primorosa a lição do saudoso Aliomar Baleeiro: “Dentro do ponto de vista da técnica jurídico-constitucional, parece supérfluo estatuir-se que o não-exercício da competência tributária pela pessoa política que é dela titular não o defere a pessoa de direito público interno diversa. A competência fiscal não é res nullius de que outra pessoa de direito público se poderá aproveitar pela inércia do titular dela”¹².

3.6.7. Conclusão parcial

Do quanto ficou consignado até aqui, podemos inferir que o Distrito Federal, a partir de 5.10.88, é a mais nova pessoa política de nossa Federação.

As competências tributárias de todas as pessoas políticas tiveram o seu perfil nitidamente traçado pela Constituição, inclusive a do Distrito Federal.

Embora o Texto Supremo não tenha criado tributos, serve de marco inafastável ao legislador ordinário (federal, estadual, municipal e distrital), quando da criação in abstracto das várias espécies tributárias, não podendo os mesmos ultrapassarem os campos tributários que foram delimitados pela Constituição, sob pena de inconstitucionalidade.

12. Direito tributário brasileiro. Rio da Janeiro: Forense, 1970. p. 72.

Com a elevação ao status de pessoa política pela Constituição de 1988, o Distrito Federal foi contemplado, em matéria tributária, com competências fiscais exclusivas, cabendo-lhe, cumulativamente, os tributos dos Estados e dos Municípios (art. 32, parágrafo 1º c.c. arts. 147 in fine, 154/156 da CR).

Ademais, as competências tributárias possuem as seguintes características: privatividade, indelegabilidade, incaducabilidade, inalterabilidade, irrenunciabilidade e facultatividade do exercício.

Posto isto, podemos agora ir ao ponto que mais nos interessa, ou seja, dizer que o Distrito Federal, graças ao princípio federativo, pode criar (num clima de liberdade que só a democracia proporciona) os tributos que a Constituição lhe outorgou.

E, para que possamos compreender até onde vai a competência tributária do Distrito Federal, vamos analisar, ainda que superficialmente, as dimensões do princípio federativo no Brasil.

4. O PRINCÍPIO FEDERATIVO E A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

4.1. Notas preliminares

A forma de Estado adotada pelo Brasil, ex vi do artigo 1º de nossa Constituição da República, é a federativa. Quer isso dizer que o Estado brasileiro é formado pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Não é o caso, neste estudo, de inferirmos se o Distrito Federal integra ou não a Federação brasileira. O que queremos pôr em evidência é que, na Federação pátria, o Distrito Federal, desde 5.10.88, desfruta de ampla autonomia, inclusive no que pertine à criação de tributos.

4.2. Federação: conceito e peculiaridades

A palavra Federação vem do latim *foedus*, *foederis*, que quer dizer aliança, associação, pacto, união.

A forma federativa de Estado consiste essencialmente na união institucional de Estados, que dá origem a um novo Estado: o Estado Federal. Esse novo Estado é diverso daqueles que o compõem, isto é, os Estados-membros ou Estados federados. Essa união ou aliança é perfeita e indispensável. Nela, os Estados federados, sem perderem suas personalidades jurídicas, privam-se, entretanto, de algumas prerrogativas. A mais relevante delas é a soberania.

Todos os Estados-membros que aderem à forma federativa, subordinam-se a uma Carta Suprema que lhes confere competências próprias.

De outra parte, a igualdade entre os entes políticos da Federação é absoluta (pelo menos enquanto pessoas de direito constitucional interno), daí a célebre conceituação de Sampaio Dória: “Federação é a autonomia recíproca da União e dos Estados, sobre a égide da Constituição Federal”¹³.

São características básicas das Federações: a) rigidez da Constituição; b) distribuição do Poder Político: no plano federal e estadual, reservando-se a Soberania para o Estado Federal, enquanto os Estados-membros possuem apenas autonomia política¹⁴; c) a base jurídica do Estado Federal é uma Constituição que fixa as competências da União e dos Estados-membros¹⁵; d) a composição do Poder Legislativo Federal é bicameral (Câmara dos Deputados e Senado Federal); e) supremacia do Poder Judiciário – geralmente a Suprema Corte do país – que funciona como guardião da Constituição da República.

O Estado brasileiro foi construído, basicamente, sobre esses moldes. A nossa Constituição é rígida (art. 60), distribuiu o Poder Político entre os entes federados, discriminando-lhes as suas respectivas competências (federal: arts. 21, 22, 153 e 154; estaduais: arts. 25 e 155; municipais: arts. 30 e 156, e distrital: arts. 24, 32 e seus parágrafos, 147 in fine, 155 e 156); o Poder Legislativo Federal é bicameral (art. 44); e o Supremo Tribunal Federal é o guardião do Texto Supremo (art. 102).

4.3. A Federação brasileira

O Estado brasileiro, como dissemos, é um Estado Federal. E os princípios federativo e republicano são as vigas mestras de nosso sistema jurídico. Por isso, são intocáveis e irretiráveis ou, como diria o folclórico ex-Ministro do Trabalho Rogério Magri: “são imexíveis”. Quer isso dizer que só por via revolucionária ou mediante a quebra da ordem jurídica é que podem ser modificados. Só o poder Constituinte Originário pode minimizá-los ou aboli-los¹⁶.

O Estado Federal, onde se dá a partilha do poder entre os entes que o compõem, caracteriza-se, como vimos, por uma descentralização jurídica, tanto estática quanto dinâmica. A descentralização estática, como adverte Hans Kelsen, representa a convivência, em um Estado, de uma ordem jurídica central com ordens jurídicas locais ou regionais, as quais, no seu todo, constituem a comunidade jurídica total, ou o Estado¹⁷. A descentralização será a um tempo estática e dinâmica, “quando a ordem jurídica – válida somente para uma comunidade parcial – é criada por órgãos eleitos

13. Direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1958. v. 1, t. 3, p. 476.

14. No Brasil, incluem-se os Municípios e o Distrito Federal, conforme artigo 1º da CR.

15. Consulte-se o artigo da CR.

16. Cf. Geraldo Ataliba. Instituições de direito público e República. Tese. São Paulo. 1984. p. 40.

17. Teoría general del derecho y del Estado. Trad. Eduardo Garcia Maynez. 2. ed. México: Imprensa Universitária, 1958. p. 361.

simplesmente pelos membros dessa comunidade parcial. Como exemplo, poderia citar-se um Estado Federal, em que as leis válidas para o território de um Estado-membro, unicamente podem ser expedidas pelo legislativo local eleito pelos cidadãos desse Estado-membro”¹⁸.

No Brasil, a questão da discriminação da competência tributária é manifestação do próprio federalismo, por configurar descentralização do poder de instituir e regular tributos¹⁹.

Em sendo assim, as ordens jurídicas tributárias de nossa Federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) podem conviver perfeitamente com a ordem jurídica global (o Estado brasileiro). Essa múltipla incidência só é possível por força da rígida discriminação de competências levada a cabo pela Constituição da República. E estas ordens jurídicas possuem campos de atuação nitidamente delimitados pelo Texto Supremo, de tal sorte que não interferem umas com as outras. Nem, muito menos, atrimam-se.

E, como em termos estritamente jurídicos só podemos falar em hierarquia de normas quando umas extraem de outras a validade e a legitimidade²⁰, torna-se claro que as leis nacionais (do Estado brasileiro), as leis federais (da União), as leis estaduais (dos Estados-membros), as leis municipais (dos Municípios) e as leis distritais (do Distrito Federal) ocupam o mesmo nível, vale dizer, não preferem uma às outras, pois todas encontram o seu fundamento de validade na própria Carta Magna, apresentando somente campos materiais de incidência muito bem discriminados. Logo, todas essas ordens jurídicas são absolutamente isônomas entre si.

4.4. O princípio federativo e sua importância no Brasil

Poucos, como Cléber Giardino, jurista dos mais capazes e sinceros que o nosso País já possuiu, tiveram a argúria de perceber a importância do princípio federativo em tema de competência tributária, pois é através desse postulado que se pode afastar, por igual, qualquer possibilidade de conflito de competência impositiva entre os entes políticos federados.

Tão relevante é o princípio federativo, que o artigo 60, parágrafo 4º, inciso I, da CR dispõe peremptoriamente que: “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado”. Essa cláusula pétreia não pode ser violada, nem por via direta, nem por via oblíqua, o que ocorreria, por hipótese,

18. Ibidem, p. 268.

19. Cf. Celso Cordeiro Machado. Limites e conflitos de competência tributária no sistema brasileiro. Tese. Belo Horizonte, 1968. p. 34.

20. Cf. R. J. Vernengo. La interpretación jurídica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977. p. 67.

se se retirasse, mediante emenda Constitucional, a competência tributária dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal ou mesmo da União.

Judiciosa é a lição de Geraldo Ataliba a respeito, quando analisou disposição semelhante à mencionada no parágrafo antecedente, contida na Carta de 67 (art. 47, parágrafo 1º). São estas as suas palavras: “ (...) o princípio federal, em sua mais essencial exigência, só pode ser revogado por força de uma verdadeira revolução, que deite por terra o texto Constitucional e ab-rogue categoricamente todo o sistema, a partir de suas bases. Só a avassaladora revolução popular pode anular o princípio federal”²¹.

Do exposto, extraem-se as seguintes conclusões: a) enquanto a Constituição estiver em vigor, é terminantemente vedada qualquer proposta de emenda constitucional, ainda que por via transversa, de molde a suprimir ou a modificar a forma de Estado federada adotada pelo Brasil; b) nenhuma espécie normativa infraconstitucional poderá, de alguma forma, anular, suprimir ou modificar as exigências do princípio federativo. Noutro dizer, as leis emanadas do Congresso Nacional, das Assembléias Legislativas estaduais ou do Distrito Federal ou de Câmara de Vereadores, deverão sempre levar em conta a existência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de suas respectivas competências (inclusive as tributárias), que só podem ser exercitadas por seus Poderes Supremos, na forma de suas respectivas Constituições e Leis Orgânicas.

4.5. As Competências do Distrito Federal

A autonomia política do Distrito Federal é revelada pelos artigos 18 caput, 32 e seus parágrafos, 34, 45 e 46 parágrafo 1º, todos da CR.

Dispõe o artigo 32, parágrafo 1º, do Texto Supremo que: “ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”.

Vê-se, de antemão, que ao Distrito Federal foram outorgadas as competências dos Estados e Municípios, cumulativamente.

Isso porque, em nosso sistema de repartição de competências, as competências deferidas à União e aos Municípios vêm expressas no texto constitucional (cf. arts. 21, 22, 23, 24, 29 e 30), enquanto as dos Estados-membros não são enumeradas, são residuais ou remanescentes (cf. art. 25, parágrafo 1º da CR).

No que pertine ao Distrito Federal, suas competências também vêm expressamente enumeradas no Texto Supremo, sendo ora privativas e ora concorrentes com as da União, dos Estados e Municípios (arts. 23 e 24 da CR).

21. Competência legislativa supletiva estatal. Revista de Direito Público, n. 62, p. 26.

Em suma, o Distrito Federal é absolutamente isônomo às demais pessoas políticas que integram nossa Federação, possuindo competências próprias, cumulativas às dos Estados-membros e dos Municípios, a teor do disposto nos artigos 32, parágrafo 1º c.c. art. 147 in fine, 155 e 156, todos da CR).

5. A COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Em matéria tributária, a autonomia do Distrito Federal vem revelada pelo disposto nos artigos 32, parágrafo 1º, 147 in fine, 155 e 156, todos do Texto Supremo.

De fato, os supracitados dispositivos constitucionais autorizam a Câmara Legislativa do Distrito Federal a criar, in abstrato, os tributos deferidos aos Estados e aos Municípios em todas as suas espécies, ou seja, impostos, taxas e contribuições.

Com efeito, preceitua o artigo 32, parágrafo 1º da CR que: “ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”. Por sua vez, assevera o artigo 147, in fine de nossa Carta Magna que: “compete (...) ao Distrito Federal os impostos municipais”. Enquanto o artigo 155 da Leis das Leis assim estatui: “Compete aos Estados e ao Distrito Federal os impostos sobre: a) transmissão causa mortis e doação e quaisquer bens ou direitos; b) operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; c) propriedade de veículos automotores.”

Vejamos, em apertada síntese, cada um desses impostos constitucionalmente outorgados ao Distrito Federal:

a) transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos (art. 155, I, e parágrafo 1º, incisos I, II e III, letras “a” e “b” da CR).

Conforme preceitua o artigo 1.165 do Código Civil: “Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra que os aceita”.

Assim, admissível, tanto na doação de bens ou na de direitos, como na transferência do patrimônio do de cujus em prol de seus herdeiros, o referenciado imposto. Basta que o patrimônio do donatário, no primeiro caso, experimente um aumento e, no segundo, que haja o evento morte com bens a ser transmitidos aos herdeiros do falecido, para a tipificação do preceito tributário acima hipotetizado.

b) imposto sobre circulação de mercadorias (art. 155, II, primeira parte, da CR).

Da leitura do mencionado dispositivo infere-se que este é o imposto decorrente de operações mercantis, vale dizer, sobre negócios jurídicos que transferem a posse

ou a propriedade de mercadorias (bens móveis que se destinam à prática de “atos de comércio”). Este imposto poderá incidir mesmo que as operações mercantis tenham se iniciado no exterior (cf. art. 155, IX, letra “a” da CR); deverá obedecer a regra da não-cumulatividade e poderá ser relativo, em função da essencialidade das mercadorias²².

c) imposto sobre serviços de comunicação (art. 155, II, última parte da CR).

Este imposto, *mutatis mutandis*, deverá observar as mesmas diretrizes que norteiam os dois impostos anteriormente citados, razão pela qual abstermo-nos de repeti-las.

d) impostos sobre a propriedade de veículos automotores (art. 155, III, da CR).

Pode o Distrito Federal tributar, através do aludido imposto, os proprietários de veículos automotores de seu território. Basta que qualquer cidadão seu adquira a propriedade de veículo automotor para incidir no aludido preceito material de incidência tributária.

e) imposto predial e territorial urbano – IPTU (art. 156, I, da CR).

Esse imposto, anota Aires F. Barreto, “é um dos mais antigos. O imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana foi introduzido, entre nós, desde D. João VI, por Alvará de junho de 1808”²³.

Com efeito, pode o Distrito Federal, ao lado dos Municípios, criar essa modalidade de imposto, respeitando, é claro, os mesmos princípios impositivos adotados pelos Municípios para a sua exação.

f) imposto de transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos e sua aquisição (art. 156, II, da CR).

Goza o Distrito Federal de dupla competência tributária quanto à imposição dos impostos decorrentes de transmissão de bens, pois, poderá instituir não só os de transmissão causa mortis, como também o inter vivos sobre bens e direitos de contribuintes que habitam o seu território.

g) imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar (art. 156, III, da CR).

22. Cf. Constituição da República, artigo 155, parágrafo 2º, inciso I.

23. Impostos municipais. Revista de Direito Tributário, n. 47, p. 245.

O ISS pode ser instituído pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, e só alcança os serviços prestados por particulares, por empresas públicas, por sociedades de economia mista e por empresas privadas sob o regime de direito privado. O serviço público refoge à tributação via ISS.

Portanto, os serviços sobre os quais incide ou pode vir a incidir o imposto em exame, "são aqueles colocados in commercium", vale dizer, no mundo dos negócios, sendo submetidos em sua prestação ao regime de direito privado, que se caracteriza pela autonomia de vontade e pela igualdade das partes contratantes²⁴.

Outrossim, por força do que dispõe o artigo 155, inciso II da CR, o Distrito Federal e os Estados podem instituir impostos sobre os serviços de transportes ou de comunicação interestaduais ou intermunicipais.

5.1. A Competência do Distrito Federal para criar taxas e contribuições

Como se sabe, são as "competências administrativas" para prestar serviços públicos, para praticar atos de polícia ou para realizar obras públicas que determinam, por sua vez, a competência para tributar, respectivamente, por meio de taxa de serviço, taxa de polícia ou através de contribuição de melhoria.

A respeito, ensina-nos Roque A. Carraza que as taxas e a contribuição de melhoria só podem ser criadas pela pessoa política que possuir: a) competência administrativa para realizar a atuação estatal (que deve consistir, no caso das taxas, na efetiva prestação de um serviço público ou no exercício do poder de polícia e, no caso da contribuição de melhoria, na realização de uma obra pública); b) tiver regulado por meio de lei essa atuação estatal; e c) tiver realmente autuado ou estiver em condições materiais de fazê-lo, logo após o recolhimento do tributo²⁵. Faltando qualquer um desses requisitos, a taxa ou a contribuição de melhoria não podem ser criadas.

As competências administrativas do Distrito Federal para prestar serviços públicos, para realizar atos de polícia ou para levar a cabo obras públicas, estão referidas no artigo 32, parágrafo 1º c.c. artigos 25, parágrafos 1º e 2º, 29 e 30, todos da Carta Magna pátria.

Diz o parágrafo 1º do artigo 32 que: " ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios", enquanto os parágrafos 1º e 2º do artigo 25 afirmam, respectivamente, que são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição, cabendo-lhes

24. Roque Antônio Carraza. Imposto sobre serviço. Revista de Direito Tributário, n. 48, p. 205.

25. Cf. Princípios constitucionais e competência tributária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 176-179.

explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

Ora, como a competência administrativa é o pressuposto da competência para criar taxas e contribuições de melhoria, temos que o Distrito Federal, possuindo competência administrativa, ainda que cumulativamente com os Estados-membros, pode criar suas taxas (de polícia ou de serviço) e sua contribuição de melhoria ou previdenciária, enquanto realizar obra pública ou organizar o sistema de previdência e assistência social de seus servidores, respectivamente (cf. art. 149, parágrafo único da CR).

6. CONCLUSÕES

Sintetizando, podemos concluir:

I. O Distrito Federal, após o advento da Constituição de 1988, goza de irrestrita autonomia. Pessoa política que é, legisla para si de acordo com as competências que a Carta Política lhe outorgou. Nenhuma lei que não a editada por sua Assembléia Legislativa pode ocupar-se com assuntos de seu peculiar interesse, especialmente em se tratando de instituição e arrecadação de tributos de sua exclusiva competência.

II. O Distrito Federal, assim como as demais pessoas políticas integrantes da Federação brasileira (União, Estados e Municípios), teve sua competência nitidamente traçada pelo Texto Supremo, notadamente em matéria tributária, por força dos artigos 32, parágrafo 1º, 147 in fine, 154, 155 e 156, todos da Constituição da República, sendo lhe atribuídas competências fiscais exclusivas.

III. Em matéria tributária, embora a Carta Magna de 1988 não tenha criado tributos, ela discriminou as competências tributárias de todas as pessoas políticas de nossa Federação, a fim de que as mesmas, querendo, viessem a criar in abstracto seus tributos; classificou-os, em espécies e subespécies; traçou-lhes a norma padrão de incidência das várias espécies e subespécies de tributos e, por fim, apontou as limitações ao exercício das competências tributárias. Em assim procedendo, ela serve de marco inafastável aos legisladores infraconstitucionais, quando da criação de tributos. Estes, a seu turno, se vierem a desbordar dos limites impostos pelo Texto Supremo, incorrem em inconstitucionalidade.

IV. A competência tributária, por sua vez, é a aptidão para criar in abstracto os tributos, descrevendo, mediante lei, suas hipóteses de incidência, seus sujeitos ativos e passivos, suas bases de cálculo e suas respectivas alíquotas. No Brasil, somente as pessoas políticas (União, Estados-membros, Municípios e o Distrito Federal) possuem competência tributária haurida diretamente do Texto Supremo.

V. A competência tributária, uma vez exercitada pela edição da lei, desaparece, cedendo passo à capacidade tributária que surge daí então. A competência tributária não é incondicionada. Ao revés, sofre limitações impostas pelos grandes princípios constitucionais, tais como: Federação, República, autonomia municipal, segurança jurídica etc. Além disso, sofre limitações através dos próprios mandamentos constitucionais. Tudo isso direciona e demarca a ação estatal de tributar, que somente é válida se a todos observar.

VI. São características da competência tributária a: indelegabilidade, inaducabilidade, inalterabilidade, irrenunciabilidade e a facultatividade de seu exercício pelas pessoas políticas integrantes de nossa Federação.

VII. A forma federativa de Estado, por seu turno (art. 1º de nossa Carta Magna), é uma das vigas mestras de nossa sistema jurídico; por isso, ela é intocável (cf. art. 60, parágrafo 4º, I, da CR), sendo responsável pelo delineamento de toda a estrutura político-jurídica do Estado brasileiro. Possui as seguintes peculiaridades: a) Constituição rígida (cf. art. 60 da CR); b) o Poder Político está distribuído entre os Entes Federados e a cada um deles foi outorgada pelo Texto Supremo determinada porção de competência: federal (arts. 21, 22, 153 e 154), estadual (arts. 25 e 155), municipal (arts. 30 e 156) e distrital (arts. 24, 32 e seus parágrafos, 147 in fine, 154 usque 1.156), todas da Constituição da República; c) o Poder Legislativo é bicameral (art. 144); d) o Supremo Tribunal Federal é o guardião das Leis das Leis (art. 102).

VIII. O princípio federativo é de fundamental importância em matéria tributária, na medida em que é ele quem determina a partilha das competências tributárias e a descentralização do poder de instituir e arrecadar os tributos pelas pessoas políticas que integram o Estado brasileiro (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal). É o princípio federativo que proporciona a convivência das ordens jurídicas acima referidas, com a ordem jurídica global (o Estado brasileiro), fazendo com que não haja atritos entre as mesmas e, conseqüentemente, inexistam conflitos de competência em matéria tributária.

IX. Quanto à fatia de competência tributária destinada pelo Texto Maior em prol do Distrito Federal, podemos afirmar que ele tem competência tributária para instituir, cumulativamente, os seguintes tributos (de competência dos Estados-membros e dos Municípios):

a) imposto de transmissão causa mortis e de doação de quaisquer bens ou direitos (art. 155, I, da CR);

b) imposto sobre circulação de mercadorias (art. 155, II, primeira parte da CR);

c) imposto sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal (art. 155, II, segunda parte da CR);

d) imposto sobre serviços de comunicação (art. 155, II, última parte da CR);

e) imposto sobre a propriedade de veículos automotores (art. 155, III, da CR);

f) imposto predial e territorial urbano – IPTU (art. 156, I, da CR);

g) imposto de transmissão inter vivos a qualquer tipo, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física e direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos e sua aquisição (art. 156, II, da CR);

h) imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, da CR definidos em lei complementar (art. 156, III, da CR).

Possui também a competência para instituir e arrecadar taxas (de polícia ou de serviços) e contribuições (de melhoria previdenciária e social).

X. Por derradeiro, podemos afirmar que Distrito Federal, depois da União, é a pessoa política de nossa Federação com a maior dose de competência tributária, eis que acumula aquelas inerentes aos Estados-membros e aos Municípios.

ANISTIA E REMISSÃO TRIBUTÁRIA NO PROCESSO FALIMENTAR

Elcio Reis*

Sumário: 1. O princípio federativo e a inalterabilidade da competência tributária. 2. A indisponibilidade do crédito tributário e das penalidades. 3. Os créditos tributários como encargos da massa falida. 4. A suspensão da correção monetária na falência. 5. A dívida ativa. 6. Cobrança Judicial da Dívida Ativa.

* Advogado, Professor da Faculdade de Direito Milton Campos e Procurador Regional da Fazenda Estadual/Metropolitana, Estado de Minas Gerais.

1. O PRINCÍPIO FEDERATIVO E A INALTERABILIDADE DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

É público e notório que o constituinte ao estabelecer regras, princípios e preceitos do regime federativo brasileiro, outorgou autonomia aos Estados-membros para legislar sobre a criação dos impostos que lhes são conferidos na repartição exaustiva da competência tributária, obedecidos os princípios garantidores do estatuto do contribuinte explicitados nos artigos 150 a 153 da Constituição Federal.

Merece ser lembrada a sábia e precisa lição do Professor Roque Antônio Carrazza¹, no sentido de que “a competência tributária não pode ser alterada pela própria pessoa política que a detém. Falta-lhe titulação jurídica para isto”.

E cumpre ainda ressaltar a inesquecível lição do mestre Amílcar de Araújo Falcão², de que “a competência é matéria de direito estrito e, como tal, inalterável. E o titular de uma competência não pode transferir ou alterar poderes ou faculdades que se integram dentro da competência”.

Assim, as pessoas políticas não podem delegar suas competências tributárias, tampouco as podem renunciar, quer no todo, quer em parte. Esta é matéria de direito público constitucional e, portanto, indisponível. A União, o Estado, os Municípios e o Distrito Federal não podem renunciar ao exercício das competências tributárias essenciais à sua subsistência.

2. A INDISPONIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E DAS PENALIDADES

O constituinte foi além da repartição das competências tributárias porque, além de estabelecer princípios garantidores do estatuto do contribuinte, aceitando ser o crédito tributário e penalidades bens indisponíveis, estabeleceu no parágrafo sexto, do artigo 150, da Constituição Federal, que a remissão e a anistia somente podem ser concedidas através de lei específica federal, estadual ou municipal.

Com efeito, está dito no citado dispositivo constitucional que:

“Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima

1. Curso de direito constitucional tributário. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 328-330.

2. Sistema tributário brasileiro. Rio de Janeiro: Financieiras, 1965. p. 126-127.

enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no artigo 155, § 2º, XII, “g”.

Portanto, está vedado pelo constituinte que se conceda anistia ou remissão, a não ser através de lei específica. Assim, respeitada que tem de ser a autonomia das entidades políticas, no regime federativo brasileiro, se a penalidade decorre de preceito de lei estadual, se o crédito tributário resulta da incidência de norma agendi estadual, lei federal não pode conceder anistia nem remissão.

Tanto é assim, que a Doutora e emérita Professora Mizabel de Abreu Machado Derzi³ assevera, com inigualável precisão:

“O princípio federativo é supraconstitucional e o artigo 98 do Código Tributário Nacional admite uma outra leitura, como se vê mais adequada à superioridade desse mesmo princípio fundamental. Acresce também que manter o federalismo é preservar a democracia”.

A Emenda n. 3, de 17.3.1993, ao alterar a redação do parágrafo sexto, do artigo 150, da Constituição Federal, aperfeiçoou o texto constitucional e estendeu o princípio da legalidade específica a quaisquer subsídios e causas extintivas ou excludentes do crédito tributário. Destarte, na lição precisa da Doutora Mizabel de Abreu Machado Derzi, ficou consagrada a exclusividade da lei tributária para conceder quaisquer exonerações, subsídios e outros benefícios, redutores, extintivos ou excludentes do crédito tributário.

E, ao ser exigida a especificidade da lei tributária, ficou vedada a delegação ao Poder Executivo para conceder favores fiscais através de decretos ou mediante resolução do Secretário da Fazenda.

Portanto, indubitavelmente, a Constituição consagra o princípio da exclusividade da lei tributária, de modo que leis diversas, reguladoras de matéria estranha, como, por exemplo, de Direito Civil, de Processo Civil, de Direito Administrativo, de Direito Comercial ou Falimentar, não podem conceder remissões, anistias, incentivos fiscais e outros benefícios tributários. As exonerações têm de estar previstas em lei tributária específica.

A lei não pode mais conceder à autoridade administrativa a faculdade de remitar nem de anistiar, de forma indeterminada e discricionária, como dispõe o artigo 172 do Código Tributário Nacional, sem definir com precisão a oportunidade, as condições, a extensão e os limites quantitativos do seu alcance. Assim, não mais prevalece o artigo 172 do CTN, em face da redação dada ao § 6º, do artigo 150, da Constituição Federal, pela Emenda n. 3, de 17.3.1993.

3. DERZI, Mizabel de Abreu Machado. O princípio da unidade econômica do país. Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual, v. 9, p. 25-28.

Consoante lição de Roque Antônio Carraza⁴, “a anistia perdoa total ou parcialmente a sanção tributária, isto é, a multa decorrente do ato ilícito tributário. Incide sobre a infração tributária, desconstituindo sua antijuridicidade, como observa Paulo de Barros Carvalho. Por evidente, aparta-se do tributo, que não compreende a sanção de ato ilícito”. “As remissões e as anistias só poderão ser concedidas por meio de lei editada pela pessoa política tributante. Só quem tributou – tendo competência constitucional para fazê-lo – pode remitir ou anistiar”.

Portanto, está vedado pelo constituinte que se conceda anistia ou remissão, a não ser através de lei específica. Assim, respeitada que tem de ser a autonomia das entidades políticas no regime federativo brasileiro, se a penalidade decorre de preceito de lei estadual, se o crédito tributário resulta da incidência de norma agendi estadual, lei federal não pode conceder anistia nem remissão, para ser aplicada em relação a tributos estaduais e municipais.

A lei que institui o tributo pode prescrever multas de mora, conhecidas como de revalidação, e multas formais (isoladas), aquelas pelo não adimplemento da obrigação tributária e estas pelo descumprimento de algum dever instrumental.

A multa de mora pode ser estabelecida a dia ou a mês e não substitui os juros de mora.

“O efeito principal da mora é tornar o devedor responsável pelos prejuízos que dela se originarem.

Ao lado do princípio universal, que manda indenizar, no caso de mora desenvolveram-se certas regras mais concretas, tendentes a melhor assegurar ao credor o ressarcimento a que tem direito (cf. Dernburg, Pandette, v. 2, § 41; Windscheid, Diritto delle pandette, v. 2, § 28).

Dizendo o Código que a mora consiste no não-pagamento no tempo, lugar e forma convencionados, permite considerarmos como mora o cumprimento imperfeito, resultante ordinariamente do atraso, mas podendo resultar também do não-cumprimento na forma ou no lugar convencionados.

Se o devedor não cumpre a obrigação na data aprazada, incide em mora, só por isso.”⁵

“O inadimplemento da obrigação positiva e líquida, no seu termo, constitui, de pleno direito, em mora, o devedor.”⁶

4. Curso de direito constitucional tributário, ob. cit., p. 391-392.

5. ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 3. ed. Jurídica e Universitária, p. 65-66 e 70.

6. Artigo 960 do Código Civil.

Assim, toda vez que o devedor deixa de cumprir a sua obrigação, não entrando com a prestação a que se obriga, incorre em mora. Mas, para isso, é essencial que a obrigação seja positiva e líquida. Positiva, vale dizer, de dar e de fazer, excluídas, portanto, as obrigações de não fazer, que são reguladas por outros princípios (art. 961), mesmo porque, na obrigação de não fazer, não há termo certo.

Destarte, a obrigação positiva é aquela em que se exige o pagamento, ou, melhor, é aquela em que o pagamento pode ser exigido. Líquida é a obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto (art. 1.533 do Código Civil).

“Tanto faz dizer em outras palavras: líquida é a obrigação certa sobre a qual não pode haver dúvida an, quid, quale, quantum debeat, ou sejam precisamente as obrigações determinadas pela respectiva espécie, quantidade e qualidade”⁷.

Acerca das multas de mora, Zelmo Denari⁸ afirma que são “derivadas do inadimplemento puro e simples de obrigação tributária regularmente constituída – são sanções inconfundíveis com as multas por infração. Estas são cominadas pelos agentes administrativos e constituídas pela Administração Pública em decorrência da violação de leis reguladoras da conduta fiscal, ao passo que aquelas são aplicadas em razão da violação do direito subjetivo de crédito”.

Com a habitual clareza, o civilista Messineo nos dá aviso dos diferentes modelos de comportamento normativo: “A sanção pode operar com base em dois pressupostos: ou porque foi violada a norma que, no interesse geral, impõe determinado dever, ou porque foi violado um direito subjetivo alheio garantido pela norma”.

Em cada um dos casos a sanção tem caráter diferente: se no primeiro a finalidade é de restaurar o ordenamento jurídico violado, no segundo, sua finalidade é de restaurar o direito subjetivo que foi atacado”⁹.

A estrutura formal de cada uma dessas sanções é diferente, pois, enquanto as multas por infração são infligidas com caráter intimidativo, as multas de mora são aplicadas com caráter indenizatório.

De maneira mais sintética, Kelsen¹⁰ diz que ao passo que o Direito Penal busca intimidar, o Direito Civil quer ressarcir.

7. SANTOS, J. M. Carvalho, Código Civil Brasileiro interpretado (art. 928 a 971). 7. ed. Freitas Bastos, v. 12, p. 348.

8. Infrações tributárias e delitos fiscais. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 24-25.

9. MESSINEO, Francisco. Manuale di diritto civile e commerciale. Milano: Giuffrè, 1957. p. 27.

10. KELSEN, Hans. Teoria generale del diritto e dello Stato. Milano: Comunità, 1965. p. 50 e ss.

A consequência mais evidente dessa diversidade de estruturação formal se manifesta no momento de cominação de sanção: as multas por infração só podem ser aplicadas mediante prévio procedimento constitutivo, cujo ponto de partida, no mais das vezes, é a lavratura do auto de infração.

A tipificação da infração atua como pré-requisito para a cominação da penalidade. Por sua vez, as multas de mora, derivadas do inadimplemento, estão previstas na legislação tributária e, assim sendo, não dependem de constituição, sendo aplicadas pela fiscalização *ex vi legis*.

As multas de mora, enquanto sanções civis, qualificam-se como acessórias da obrigação tributária, cujo objeto principal é o pagamento do tributo. Essa acessoriedade, em contraposição à autonomia, as torna inconfundíveis com as multas punitivas.

A infração tributária, em sentido estrito, é constituída pela violação de normas de conduta para as quais o ordenamento jurídico prevê uma reação de caráter repressivo, vale dizer, punitivo.

Conforme lição do Doutor e emérito Professor Sacha Navarro Coelho¹¹, a tipicidade do ato ilícito no Direito Tributário não precisa necessariamente de descrição exaustiva na lei. Os deveres tributários são deveres *ex lege* e são de duas espécies:

a) pagar tributo;

b) cumprir deveres instrumentais (emitir notas fiscais, prestar declarações, não transportar mercadorias desacobertadas de documentação fiscal).

Assim, partindo-se do pressuposto de que a infração é transgressão de preexistente dever legal, necessário se torna, antes, conhecer a natureza do dever para depois caracterizar a infração. Conclui o citado mestre que “em se tratando de sanções tributárias, será preciso examinar primeiramente a obrigação e depois a sanção”.

Então, para seguir a terminologia do Código Tributário Nacional, é lícito afirmar que os deveres tributários, ou melhor, que as obrigações tributárias são de dois tipos:

a) obrigação principal, de dar, consistindo no pagamento do tributo;

b) obrigação acessória, de fazer ou não fazer (deveres instrumentais na lição de Paulo de Barros Carvalho), consiste em prestações positivas ou negativas exigidas pela legislação.

11. Teoria e prática das multas tributárias: infrações tributárias – sanções tributárias. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 20-21, 23-25 e 39-41.

O descumprimento da prestação tributária, tanto no caso da obrigação principal quanto no descumprimento de deveres normativos, implica uma ilicitude.

Assim, as infrações tributárias são de duas espécies:

- a) infração à obrigação principal;
- b) infração ao descumprimento dos deveres normativos.

A lei tributária pode fazer com que o legislador tipifique a conduta lesiva como um delito. O tipo na espécie tanto pode se basear na descrição da conduta de não pagar o tributo, como na descrição da conduta descumpridora dos deveres instrumentais (fazer e não fazer com intenção fraudulenta).

Todavia, se a infração é tal que não merece os cuidados do legislador penal, a infração não adentra o Código Penal, mantendo-se nos lindes do Direito Administrativo e do Direito Tributário. Nessa última hipótese, a infração tributária é apurada pelas autoridades administrativas, rege-se pelas disposições legais de Direito Administrativo e Tributário. Destarte, as sanções são aplicadas pelas autoridades administrativas competentes.

A hipótese de incidência das normas sancionantes é precisamente o ilícito. Com a realização da infração incidirá a norma sancionante. Isto é, realizado o “suposto” advirá a “conseqüência”, no caso a sanção, como prevista na lei.

As sanções tributárias mais usuais são as multas que penalizam tanto a infração tributária substancial quanto a formal. Assim, ter-se-á multa moratória ou de revalidação para o descumprimento da obrigação principal e multas formais ou isoladas para o descumprimento dos deveres instrumentais.

A multa consiste numa prestação pecuniária e o tributo também. Destarte, a multa é uma prestação pecuniária compulsória instituída em lei, tal como também o é o tributo.

Consoante precisa lição de Hector Villegas¹²:

“A infração é predominantemente objetiva e para a sua tipificação e correspondente aplicação de sanção, não é necessária a investigação do elemento subjetivo. Pune-se a conduta em si mesma, pela interferência com a atuação formal do Estado, prescindindo-se do ânimo com o qual esta conduta obstaculizante veio a se produzir.”

12. Direito Penal tributário. São Paulo: Resenha Tributária, 1974. p. 159.

Em outras palavras, cometida a ação ou omissão violadora do dever formal, em nada interessa ter sido ela intencional (dolosa) ou negligente (culposa).

E com inigualável precisão terminológica, ressalta Paulo de Barros Carvalho¹³ que o traço característico do direito é a coatividade, que se exerce, em último grau, pela execução forçada e pela restrição da liberdade.

O ordenamento jurídico, como forma de tornar possível a coexistência do homem em comunidade, garante, efetivamente, o cumprimento de seus mandamentos, ainda que, para tanto, seja necessária a adoção de medidas punitivas que afetem a propriedade ou a própria liberdade das pessoas. Daí porque, ao criar uma prestação jurídica, concomitantemente o legislador enlaça uma providência sancionatória ao não-cumprimento do referido dever. As normas jurídicas que põem no ordenamento as sanções tributárias integram a subclasse das regras de conduta e ostentam a mesma estrutura lógica da regra-matriz de incidência.

O antecedente da regra sancionatória descreve um fato que se consubstancia no descumprimento de um dever normativo.

No caso das penalidades pecuniárias ou multas fiscais, o liame também é de natureza obrigacional, uma vez que tem substrato econômico.

Assim, Paulo de Barros Carvalho define “a infração tributária, portanto, como toda ação ou omissão que, direta ou indiretamente represente o descumprimento dos deveres jurídicos estatuídos em leis fiscais”.

3. OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS COMO ENCARGOS DA MASSA FALIDA

É sabido que os créditos tributários apenas não têm preeminência sobre os créditos decorrentes da legislação do trabalho. Assim, preferindo o crédito tributário a qualquer outro, exceto o decorrente da legislação do trabalho (CTN, art. 186), terá inexoravelmente de ser pago antes das dívidas da massa, e, nesse caso, pouco se lhe acrescenta, em termos de preferência, a qualificação de encargo da massa falida, que lhe dá o artigo 188, caput. Portanto, essa qualificação, com a consequência que tem, é, na verdade, uma explicitação e uma concretização da preferência outorgada pelo artigo 186 do CTN.

Por outro lado, cumpre observar que o precedente do disposto no caput do artigo 188 é o que está dito no artigo 124, da Lei Falimentar de 1945 (Decreto-Lei n. 7.661, de 21.6.1945).

13. Curso de direito tributário. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 342 a 343.

Com efeito, na Lei Falimentar estão inclusos entre os encargos da massa falida “os impostos e contribuições públicas a cargo da massa e exigíveis durante a falência” (art. 124, § 1º, V, do Decreto- Lei n. 7.661, de 21.6.1945).

Portanto, os encargos e dívidas da massa são pagos com preferência sobre os créditos admitidos à falência, ressalvado o disposto no artigo 125 que prescreve:

“vendidos os bens que constituam objeto de garantia real ou de privilégio especial, e descontados os custos e despesas da arrecadação, administração, venda, depósito ou comissão do síndico relativos aos mesmos bens, os respectivos credores receberão imediatamente a importância de seus créditos, até onde chegar o produto dos bens que asseguram o seu cumprimento”.

Essa ressalva, todavia, não mais subsiste em relação ao crédito tributário, em face do Código Tributário Nacional, que lhe confere preeminência sobre os bens que constituam objeto de garantia real ou de privilégio especial.

Por outro lado, o § 3º, do artigo 124 da Lei Falimentar, dispõe que:

“não bastando os bens da massa para o pagamento de todos os credores, serão pagos os encargos antes das dívidas, fazendo-se rateio, em cada classe, se necessário, sem prejuízo, porém, dos créditos de natureza trabalhista” (redação dada pela Lei n. 3.726, de 11.2.1960).

Mas, cumpre observar que o artigo 188 do Código Tributário Nacional revogou aquela concorrência, através do rateio da Lei Falimentar, acima mencionada, entre os créditos tributários e os demais encargos da massa, estabelecendo a preferência dos primeiros sobre os últimos, diante do que não mais prevalece a norma do artigo 125 da Lei de Falência, pois os créditos tributários prevalecem sobre quaisquer garantias reais ou privilégios especiais (art. 184 do Código Tributário Nacional e art. 30 da Lei n. 6.830, de 22.9.1980).

Ademais, no Código Tributário Nacional (art. 187) e na Lei de Execução Fiscal (art. 29) está assegurado que o crédito tributário e seus acrecidos não têm de ser habilitados em falência.

Portanto, consoante as regras do Código Tributário Nacional e da Lei de Execução Fiscal, prevalecem as garantias, privilégios e preferências do crédito tributário em toda a sua integralidade, abrangendo as multas moratória e penal, a correção monetária e os juros moratórios.

4. A SUSPENSÃO DA CORREÇÃO MONETÁRIA NA FALÊNCIA

A suspensão da correção monetária e a dispensa da multa administrativa nada mais representam que perdão parcial do crédito tributário. Perdão de crédito tributário,

por sua vez, em nosso sistema jurídico, denomina-se remissão de crédito, como ensina a doutrina, interpretando em sua literalidade o artigo 172 do Código Tributário Nacional, e a dispensa da multa administrativa é anistia de penalidade.

Assim, as normas jurídicas contidas no Decreto-Lei n. 7.661/1945 e no Decreto-Lei n. 858/1969, ao dispensarem a cobrança das multas administrativas, bem como a correção monetária durante o período de doze meses, concederam anistia das penalidades e remissão parcial do crédito tributário devido pela massa falida.

Ocorre que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, esses dispositivos contidos nos Decretos-Leis suso mencionados não mais podem ser aplicados, por absoluta incompatibilidade com a Norma Fundamental. É que o § 6º do artigo 150 da Carta Maior estabelece que qualquer remissão ou anistia de crédito tributário somente poderá ser concedida através de lei específica da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, não mais podendo se admitir que uma pessoa política conceda perdão de créditos tributários ou de infração à legislação tributária, de uma outra pessoa política. Em outras palavras, somente poderá conceder favores da espécie a pessoa jurídica de direito público competente para instituir o tributo.

O ordenamento constitucional avançou no sentido de explicitar dois aspectos em relação ao texto constitucional anterior, quando declara que a expressão “lei específica” deve ser entendida como exclusiva, isto é, deve tratar unicamente da matéria elencada pelo dispositivo em foco e quando estende à matéria o tratamento dado pelo artigo 155, § 2º, XII, “g”.

Cumprе ressaltar que, nesse último aspecto, a alínea supra mencionada estabelece que cabe à lei complementar regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

A rigor, o que o constituinte pretendeu foi evitar que o crédito tributário (patrimônio público) fosse distribuído graciosamente, sem qualquer critério, por pessoa política estranha àquela que detém a sua titularidade.

Somente a lei federal, estadual, distrital ou municipal pode conceder anistia e remissão, porque a Constituição Federal, soberanamente, inseriu na competência tributária de cada ente componente da Federação o poder de dispensar o tributo. Sendo assim, somente o titular da competência pode, validamente, criar e dispensar o imposto de sua competência, e sobre esse deliberar.

Essa é uma das razões porque Estados, Distrito Federal e Municípios não estão obrigados a observar e aplicar dispositivos da Lei de Falência e do Decreto-Lei em

alusão, que se mostram ultrapassados e incompatíveis com o novo Sistema Tributário Nacional, instituído na Constituição de 1988. Roque Antônio Carraza¹⁴ preleciona:

“Competência tributária é a possibilidade de criar tributos, ou seja, de inovar a ordem jurídica, expedindo regras tributárias”.

Cumprido acrescentar, ainda, que no Brasil a competência tributária é um tema exclusivamente constitucional. A matéria foi exaustivamente esgotada pelo constituinte.

Cabe invocar a lição inesquecível de Geraldo Ataliba¹⁵:

“quem diz privativa, diz exclusiva, quer dizer: excludente de todas as demais pessoas; que priva de seu uso todas as demais pessoas. A exclusividade da competência de uma pessoa implica proibição peremptória, erga omnes, para exploração desse campo.”

Efetivamente, a outorga de competência tributária importa, contrário senso, interdição que resguarda a eficácia de sua singularidade. Ao mesmo tempo em que afirma a competência de uma pessoa política, nega a das demais. É cláusula vedatória implícita, de endereço erga omnes, salvo, é claro, o próprio destinatário da prerrogativa.

A legislação complementar não pode, portanto, alterar as regras-matrizes dos tributos que foram cuidadosamente traçadas pela Constituição Federal. Não pode, igualmente, criar, majorar ou reduzir tributos, nem conceder remissões, isenções ou anistias tributárias.

O Legislador Constituinte de outubro de 1988 estabeleceu critérios rígidos para a concessão da remissão e anistia tributária.

Não há dúvida de que a concessão de remissão e anistia consiste em ato de dispor de dinheiro público e, assim, requer autorização legal.

A Constituição Federal, tratando da matéria, condicionou tal dispensa à edição de lei específica que trate exclusivamente do perdão fiscal. Dessa forma, o autor do projeto de lei e quem o aprovou e o sancionou têm de ser detentores da competência tributária.

Portanto, não mais são possíveis concessões de benefícios (anistia e remissão, por exemplo) em leis gerais, amplas e abrangentes. A norma legal que concede favores da espécie deve deles tratar exclusivamente.

14. Curso de direito constitucional tributário, ob. cit.

15. Sistema constitucional brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

5. A DÍVIDA ATIVA

A sua compreensão, consoante lição precisa do mestre Celso Cordeiro Machado¹⁶, compreende a dívida ativa tributária da Fazenda Pública, o crédito tributário, a sua atualização monetária, os juros, a multa de mora e a multa penal e demais encargos previstos em lei. (Lei n. 6.830, de 22.9.1980, art. 2º, § 2º).

Acrescenta o citado mestre que o valor da causa será o da dívida constante da certidão, com os encargos legais (art. 6º, § 4º da Lei n. 6.830 de 22.9.1980). E o mencionado mestre traz à colação a regra do artigo 1º da Lei n. 6.899, de 9.4.1981, que prevê a correção monetária dos honorários. Não haverá correção monetária de honorários se estes forem calculados sobre o valor da causa, sem a inclusão dos encargos legais.

Conclui com precisão o citado professor que o valor total do crédito tributário compreende a parcela do tributo, os juros moratórios, a multa moratória e a multa de revalidação. Destarte, a penalidade isolada por descumprimento de obrigação acessória, a multa de caráter penal, a correção monetária, tudo está protegido pelo sistema de garantias, privilégios e preferências instituído no Código Tributário Nacional.

José Luiz Perez Ayala não vacila em dizer que as sanções pecuniárias estão inclusas na dívida beneficiária dos privilégios.

As garantias, os privilégios e as preferências, incluindo-se todos os seus componentes financeiros, alcançam o crédito tributário, previsto em lei, vale dizer o tributo, os juros moratórios, a multa moratória, a multa penal, a multa isolada e a correção monetária.

O legislador deixa bem claro no artigo 161 do Código Tributário Nacional que o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis.

6. COBRANÇA JUDICIAL DA DÍVIDA ATIVA

Consoante a lei (art. 187 do CTN e art. 29 da Lei n. 6.830, de 22.9.1980), “a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.”

Isso quer dizer que a execução fiscal prosseguirá contra os diretores, presidentes, sócios-gerentes e demais dirigentes de sociedades, responsáveis solidários pelos

16. Crédito tributário. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, p. 57-58, 97-98, 100-101, 103 e 105.

débitos tributários resultantes de obrigações tributárias nascidas à época em que eram dirigentes da executada.

Assim, decretada a falência da empresa executada, antes de terem sido penhorados bens suficientes, far-se-á comunicação ao Juízo Universal do montante do crédito tributário e do número do processo da execução fiscal, e não se efetuará penhora no rosto dos autos da falência, para se permitir a efetivação da penhora em bens dos dirigentes. Isso porque, se for feita a penhora no rosto dos autos da falência, não se admitirá que sejam penhorados bens dos dirigentes da empresa executada antes do término do processo falimentar, ou antes do síndico oficial ao Juízo da execução fiscal que não há bens arrecadados ou que o valor apurado não contemplará o crédito fazendário.

Ora, pode acontecer que a demora na tramitação do processo falimentar termine por acarretar a prescrição em relação aos ex-dirigentes de empresa falida.

Então, se o crédito tributário que, como ficou demonstrado sobejamente, compreende também as multas, os juros moratórios e a correção monetária, não está sujeito à habilitação em falência, é evidente que não se aplica a vedação do parágrafo único do artigo 23, inciso III da Lei de Falência, nem as Súmulas do STF ns. 192 e 565, que têm respectivamente a seguinte redação:

“Não podem ser reclamadas na falência:

(...)

III - as penas pecuniárias por infração das leis penais e administrativas.”¹⁷

“Não se inclui no crédito habilitado em falência a multa fiscal com efeito de pena administrativa”¹⁸.

“A multa fiscal moratória constitui pena administrativa, não se incluindo no crédito habilitado em falência”. (Esta Súmula revoga a n. 191)¹⁹.

Ora, se na lei está dito que o crédito tributário não será habilitado em falência, isso significa que a execução fiscal terá prosseguimento. Assim, não dispendo a massa falida de bens suficientes nem tendo sido feita a penhora no rosto dos autos da falência, far-se-á, então, a penhora de bens dos dirigentes da empresa falida, prosseguindo-se a execução fiscal em seus ulteriores atos. Destarte, enquanto o débito tributário inscrito em Dívida Ativa não for integralmente pago, a CDA não será cancelada, salvo por decisão judicial transitada em julgado, que tenha acolhido embargos à execução fiscal.

17. Artigo 23, parágrafo único, inciso III, do Decreto-Lei n. 7.661, de 21.6.1945 (Lei de Falência).

18. Súmula n. 192 do Supremo Tribunal Federal.

19. Súmula n. 565 do Supremo Tribunal Federal.

E a execução fiscal, mesmo tendo sido decretada a falência da executada, terá prosseguimento contra os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado, porque o artigo 135 do CTN estabelece a regra de que são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto.

O Ministro Aliomar Baleeiro vislumbrou nesse dispositivo do Código Tributário Nacional um caso de responsabilidade por substituição. E a Lei de Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976) contém a regra, segundo a qual:

a) o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão;

b) mas responde civilmente pelos prejuízos que causar à sociedade quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto (art. 158).

A Lei de Sociedades Anônimas elege a responsabilidade solidária de todos os administradores pelos prejuízos causados em virtude do não-cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, e exige a responsabilidade de um administrador por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática (§§ 1º e 2º do art. 158 da Lei de S.A.).

Também na Lei de Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada (Decreto n. 3.708, de 10.1.1919, art.10), os sócios-gerentes são responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, com excesso de mandato, ou mediante a prática de atos com violação do contrato ou da lei

Portanto, a regra é de que os sócios-gerentes ou diretores não respondem pelas obrigações sociais que regularmente praticarem, mas responderão solidária e ilimitadamente quando tiverem agido com excesso de poderes ou com infringência do contrato ou de leis que a sociedade deva cumprir.

Mas, isso pode acontecer também com qualquer sócio que violar o contrato ou praticar atos ilegais. Então, todo ato que, de cuja deliberação participar o gerente ou o sócio, for eivado de ilegalidade ou abusivo, desnatura a limitação da responsabilidade, tornando os sócios e gerentes responsáveis solidária e ilimitadamente.

Há a ponderar que a possível responsabilidade dos sócios-gerentes e diretores pelo não-cumprimento de dispositivos de leis, que importem em débito da sociedade para com o poder público, não resulta nem se confunde com a impossibilidade da sociedade pagar devido à sua insolvência.

Apesar de estar dito no artigo 135 do CTN que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou o estatuto, entendo que, em tal dispositivo, verifica-se a figura dos “co-responsáveis” de que trata o artigo 202 do Código Tributário Nacional.

Isso porque, se as pessoas enumeradas no artigo 135, item III, do CTN agirem contra o contrato social, o estatuto e disposição de lei, ficarão, conseqüentemente, responsáveis solidária e ilimitadamente pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade, por força do dispositivo do artigo 10 do Decreto n. 3.708, de 10.1.1919, e artigo 158, § 1º da Lei n. 6.404, de 15.12.1976, para com terceiros e para com a própria sociedade.

Logo, então, se respondem solidária e ilimitadamente para com terceiros, com muito mais razão responderão pelas obrigações tributárias perante a Fazenda Pública.

Portanto, em sendo “co-responsáveis”, é possível à Fazenda Pública inscrever o crédito tributário na dívida ativa contra as pessoas enumeradas no item III do artigo 135 do Código Tributário Nacional, extraíndo-se a certidão – título executivo fazendário.

De posse do título executivo fazendário, pode a Fazenda Pública dar início à execução fiscal.

A Fazenda Pública pode igualmente inscrever o crédito tributário contra a sociedade e contra os “co-responsáveis”, como se infere do artigo 202, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Destarte, malgrado o artigo 135 do CTN se utilize da expressão “pessoalmente”, não se constitui em norma excludente da responsabilidade da sociedade pela obrigação tributária, mormente quando a sociedade é a contribuinte eleita em norma jurídica tributária, criadora do tributo.

Também em conformidade com a legislação regulamentadora das sociedades comerciais, não há disposição ilidindo a responsabilidade da sociedade perante terceiros pelas obrigações contraídas pelos gerentes, diretores, com violação de lei,

do contrato social, ou do estatuto. Há, sim, os preceitos legais mencionados, imputando responsabilidade solidária a tais dirigentes que tiverem agido em desacordo com o contrato social, o estatuto ou a lei.

Logo, indubitavelmente, assiste à Fazenda Pública o direito de executar tanto a sociedade, como os “co-responsáveis”, vale dizer, qualquer das pessoas enumeradas no artigo 135 do CTN.

Eis a respeito algumas decisões judiciais:

Responsabilidade Tributária – Sócio. Dívida de sociedade. O artigo 10 do Decreto n. 3.708/1919 dispõe que os sócios-gerentes das sociedades de que trata – por quotas de responsabilidade limitada – respondem para com a sociedade e terceiros, solidária e ilimitadamente, pelo excesso de mandato ou atos praticados com a violação do contrato ou da lei. E o artigo 135 do CTN, seguindo diretriz semelhante, prescreve que são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado – inciso III. À evidência que para ser atribuída tal responsabilidade aos sócios da empresa executada, mister se faz a prova de terem sido os atos praticados por eles com excesso de poderes ou infração de lei, do contrato ou dos estatutos sociais. E o ônus da prova cabe ao Fisco, de conformidade com o que se apura nas ensinanças dos doutrinadores. (TJ/SP – Ac. unân. da 16ª Câm. Cív. de 23.11.83 – Ap. n. 61.458-2 Marília – rel. Des. Mariz de Oliveira) BJA/1984, n. 98.714, p. 472.

Execução Fiscal – Legitimação passiva. Responsabilidade por substituição. As pessoas referidas no inciso III do artigo 135 do CTN são sujeitos passivos da obrigação tributária, na qualidade de responsáveis por substituição e, assim sendo, aplica-se-lhes o disposto no artigo 568, V, do CPC, apesar de seus nomes não constarem no título extrajudicial. Assim, podem ser citadas e ter seus bens penhorados independentemente de processo judicial prévio para a verificação da ocorrência inequívoca das circunstâncias de fato aludidas no artigo 135, caput, do CTN, matéria essa que, no entanto, poderá ser discutida amplamente, em embargos de executado – artigo 745, parte final, do CPC. (TJ-SP – Ac. unân. da 14ª Câm. Cív. julg. em 28.12.87 – Ap. n. 125.789-2 – Sorocaba – rel. Des. Mário Vitiritto) BJA/1988, n. 120.614, p. 544.

Embargos à Execução – Responsabilidade tributária. Sócio-gerente. Pelas obrigações tributárias de sociedade por quota de responsabilidade limitada

responde o patrimônio de seu sócio-gerente, na eventualidade de inexistência de bens sociais que garantam a liquidação das mesmas em Juízo. Sentença reformada. Apelação provida. (Apelação Cível n. 62.371-PR – Reg. n. 3109690 – rel. Min. Miguel Ferrante. Remte.: Juízo de Direito da 5ª Vara Cível da Comarca de Londrina. Apte.: União Federal. Apdos.: Jorge Ichinawa e outro. 6ª Turma, 16.10.85 - TFR) DOU – Diário da Justiça, de 19.12.85, p. 23.783.

Embargos à Execução – Sociedade por quota de responsabilidade. Sócio-gerente. Justifica-se, a teor da legislação vigente, a transferência da responsabilidade tributária, respondendo pela obrigação o patrimônio dos sócios que exerciam poderes de gerente, na ausência de bens sociais a penhorar em garantia do Juízo. Apelação provida. (Apelação Cível n. 92.370 - PE (Reg. n. 5659698) – rel. Min. Miguel Ferrante. Remte.: Juízo Federal da 2ª Vara. Apte.: União Federal. Apdos.: Genival Braz de Macedo e Antônio Fernandes Pimentel. 6ª Turma, 23.10.85 – TFR) DOU – Diário da Justiça, de 19.12.85, p. 23.795.

A responsabilidade dos sócios para com terceiros e o fisco pode ser esquematizada da seguinte maneira:

Sócios de Responsabilidade Limitada	Sócios sem nenhuma Responsabilidade	Sócios com Responsabilidade Subsidiária	Sócios com Responsabilidade Solidária e Limitada
a) comanditários (Sociedade em comandita simples); b) acionista (Sociedade em comandita por ações); c) acionistas (Sociedade Anônima); d) cotistas (Sociedade por cota de responsabilidade limitada)	de indústria (Sociedade de capital e indústria).	a) todos os sócios na sociedade em nome coletivo; b) comanditados (Sociedade em comandita simples); c) diretores (das Sociedades em comandita por ações); d) sócio de capital (Sociedade de capital e indústria).	a) sócios ostensivos (Sociedade em conta de participação); b) sócio-gerente e administradores de sociedades que agirem contra expressa disposição de lei, do contrato social ou do estatuto (art. 10 do Decreto n. 3.708/1919, art. 158, § 2º da Lei n. 6.404/1976).

Melhor seria se o Código Tributário Nacional houvesse aceitado o critério da classificação das sociedades, de conformidade com a responsabilidade dos sócios, ou seja:

Sociedades Comerciais	Sociedades Comerciais Ilimitadas	Sociedades Mistas
- quando a responsabilidade dos sócios é limitada à soma ou ao valor de suas contribuições - (Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada e Sociedades Anônimas).	- quando todos os sócios assumem responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais - (Sociedades em Nome Coletivo, Sociedades Irregulares e Sociedades de Fato).	- quando há duas espécies de sócios: a) sócios de responsabilidade ilimitada pelas obrigações assumidas pela sociedade; b) sócios de responsabilidade limitada pelas obrigações da sociedade; ou c) sócios sem responsabilidade (Sociedades em Comandita por Ações, Sociedades de Capital e Indústria e as Sociedades em Conta de Participação).

Quanto à responsabilidade tributária dos sócios na liquidação de sociedades de pessoas, cumpre verificar se a norma do artigo 134, item VII, do Código Tributário Nacional se restringe a imputar responsabilidade aos sócios, na hipótese de liquidação de sociedades de pessoas e quando tiverem participado em atos possíveis de se lhes imputar responsabilidade ou tiverem se omitido.

O artigo 134, item VII, do Código Tributário Nacional tem aplicação às sociedades:

- em comandita simples;
- em nome coletivo;
- em conta de participação;
- de capital e indústria.

No que tange à aplicação do preceito referido às Sociedades em Comandita Simples, cumpre observar que ditas sociedades são constituídas pela categoria de:

- a) sócios com responsabilidade ilimitada - sócios comanditados;
- b) sócios com responsabilidade limitada - sócios comanditários.

Logo, para se imputar responsabilidade subsidiária aos sócios comanditados ilimitadamente e aos sócios comanditários em caráter limitado, porém subsidiariamente, não é necessário se recorrer à disposição do artigo 134, item VII, do Código Tributário Nacional. Isso porque tais sociedades se caracterizam pela responsabilidade ilimitada dos sócios comanditados e limitada dos sócios

comanditários. Isso significa que o patrimônio dos sócios comanditados responde subsidiária e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade e o patrimônio dos sócios comanditários somente responde até o montante das quotas subscritas, desde que não integralizadas, e não responde quando totalmente integralizadas.

Portanto, enquanto a responsabilidade dos sócios comanditados é ampla e ilimitada, a dos sócios comanditários é limitada ao montante das cotas subscritas e, se foram totalmente integralizadas, nada mais devem à sociedade, nem a terceiros.

Então, se os sócios comanditários integralizaram totalmente as cotas subscritas e na liquidação da sociedade não receberam em devolução o capital, evidentemente que não responderão com seus bens particulares pelas obrigações contraídas pela sociedade .

Mas, se na liquidação da sociedade os sócios comanditários receberam parte do capital em detrimento do pagamento dos débitos devidos pela sociedade, responderão com seus bens particulares até o montante do valor das cotas que subscreveram.

A responsabilidade dos sócios comanditários, mesmo na liquidação da sociedade, continua a ser limitada.

Todavia, diante de uma Dívida Ativa da Fazenda Pública tem-se o prevailecimento da regra do artigo 134, VII, do Código Tributário Nacional e das disposições pertinentes insertas na Lei n. 6.830, de 22.9.1980.

Assim, a norma instituída no artigo 134, VII, do Código Tributário Nacional é aplicada aos sócios comanditários, mesmo quando não houverem recebido em devolução parcela do capital, na liquidação da sociedade. E não prevalece o argumento de que os sócios comanditários não podem sequer exercer a administração da sociedade por vedação expressa do artigo 314 do Código Comercial Brasileiro (Lei n. 556, de 25.6.1850).

Mas, por força do disposto no artigo 134, n. VII do Código Tributário Nacional, tendo se verificado a liquidação de sociedade em comandita simples sem o pagamento dos tributos, então devidos pela sociedade, o patrimônio particular dos sócios comanditários responde pelo pagamento integral das obrigações tributárias, cabendo-lhes, entretanto, o direito de regresso contra os sócios comanditados.

As sociedades em nome coletivo caracterizam-se pela responsabilidade ilimitada e subsidiária (art. 350 c/c art. 316 do Código Comercial) dos seus sócios, donde o patrimônio de cada sócio responde subsidiariamente pelo pagamento integral das obrigações tributárias em quaisquer circunstâncias.

Logo, para se imputar a responsabilidade subsidiária aos sócios das sociedades em nome coletivo não é necessário se recorrer ao artigo 134, VII, do Código Tributário Nacional.

Portanto, se a sociedade for em nome coletivo, a responsabilidade subsidiária dos sócios não se dará somente na hipótese configurada no Código Tributário Nacional, de liquidação, mas em qualquer circunstância, dado que sua responsabilidade é ilimitada, conforme disposições do Código Comercial Brasileiro.

A sociedade de capital e indústria caracteriza-se pela responsabilidade ilimitada e subsidiária do sócio capitalista (art. 320 c/c 350 do Código Comercial) e pela não responsabilidade do sócio de indústria, dado que este não contribui com dinheiro algum para a sociedade, nem participa dos prejuízos, sendo que a sua quota para a formação da sociedade consiste unicamente no seu trabalho. Ora, se o sócio capitalista responde com todo o seu patrimônio, subsidiária, ampla e ilimitadamente pelas obrigações sociais, não é necessário se invocar o artigo 134, VII, do Código Tributário Nacional, para se lhe imputar a responsabilidade pelas obrigações tributárias.

No que tange ao sócio de indústria, em virtude de contribuir unicamente com o seu trabalho, é evidente que tudo que tenha recebido da sociedade é em pagamento do seu trabalho. Logo, fica afastada a sua responsabilidade pelo pagamento das obrigações tributárias da sociedade, sobretudo pela preferência do crédito trabalhista. Donde, mesmo na hipótese de insolvência ou de liquidação da sociedade de capital e indústria, não se pode invocar contra o sócio de indústria a disposição do Código Tributário Nacional sob exame.

Esse entendimento tem também apoio no artigo 321 do Código Comercial, que prescreve: "O sócio de indústria não responsabiliza o seu patrimônio particular para com os credores da sociedade. Se, porém, além da indústria, contribuir para o capital com alguma quota em dinheiro, bens ou efeitos, ou for gerente da firma social, ficará constituído sócio solidário em toda a responsabilidade".

No que respeita às sociedades em conta de participação, a responsabilidade do sócio ostensivo é ampla e ilimitada. Donde, todo o patrimônio particular do sócio ostensivo responder pelas obrigações contraídas, sendo de ressaltar, inclusive, que as obrigações são assumidas em seu próprio nome.

Logo, para se imputar responsabilidade de obrigações tributárias ao sócio ostensivo, não é necessário recorrer ao artigo 134, item VII, do Código Tributário Nacional. E para se imputar a responsabilidade de obrigações tributárias, formalizadas através de lançamento que tenha identificado como sujeito passivo a pessoa do sócio ostensivo, ao sócio oculto é inteiramente impossível fazê-lo com suporte no mencionado dispositivo legal ou em qualquer outro.

Assim, diante da clareza da redação dada ao § 6º do artigo 150 da Constituição Federal, está por demais evidente que os dispositivos da Lei de Falência, do Decreto-Lei n. 858 de 11.1969, bem como as Súmulas ns. 192 e 565 do STF não mais podem ter aplicação em matéria tributária que, como ficou demonstrado, abrange o tributo e as multas pelo não-cumprimento por parte dos contribuintes de seus deveres instrumentais ou normativos, na terminologia e lição do Professor Paulo de Barros Carvalho.

E não mais têm aplicação porque no citado preceito constitucional está dito que:

“Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no artigo 155, § 2º, XII, “g”.”

Ademais, há ainda a regra do artigo 180 do CTN, consoante a qual a anistia abrange exclusivamente as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei que a concede; como, então, excluir do débito tributário multas por infrações cometidas pelo contribuinte após a vigência da Lei de Falência, Decreto-Lei n. 7.661, de 21.6.1945? É fora de dúvida que estando dispensado, por dispositivo legal, de habilitar o crédito tributário no processo falimentar, a exclusão equivale a uma anistia, e anistia não originada em lei específica, como exige o texto constitucional acima transcrito, e de maneira inteiramente contrária à regra do artigo 180 do CTN. Também, sendo a remissão perdão de um crédito tributário regularmente formalizado, é evidente que a lei que a concede só pode ter aplicação em relação a obrigações tributárias ocorridas antes de sua publicação, pois, caso contrário, estar-se-ia diante de uma regra de isenção, e não de remissão.

A respeito, assevera com precisão Eduardo Marcial Ferreira Jardim²⁰:

“Remissão: o vocábulo compõe-se de re-para trás e missio-deixar-se levar, donde remissio-onis, que significa a ação de mandar para trás; por extensão, o termo assumiu na sua plenitude semântica o sentido de abrandamento, suavidade, indulgência e perdão, que, aliás, é a acepção colhida pelo Direito.

A remissão revela fórmula extinta de relação jurídica consistente na libertação graciosa de uma dívida pelo credor.”

20. Curso de direito tributário. São Paulo: Saraiva, p. 168.

Em igual sentido, eis a lição de Paulo de Barros Carvalho²¹ in verbis:

“Remissão, do verbo remitir, é perdão, indulgência, indulto, diferente de remição, do verbo remir, e que significa resgate. No direito tributário brasileiro é forma extintiva da obrigação, se e somente se houver lei autorizadora. Está aqui, novamente, o primado da indisponibilidade dos bens públicos, que permeia intensamente todo o plexo das disposições tributárias.”

Roque Antônio Carraza²² ressalta que “(...) a remissão é o perdão legal do débito tributário. É, na terminologia do Código Tributário Nacional, uma causa extintiva do crédito tributário (art. 156, IV). Faz desaparecer o tributo já nascido e só pode ser concedida por lei da pessoa política tributante”.

E acrescenta que “a isenção impede que o tributo nasça e a remissão faz desaparecer o tributo já nascido”.

E conclui que “a lei isentiva é lógica e cronologicamente anterior ao nascimento do tributo (quando nasce), ao passo que a lei remissiva é lógica e cronologicamente posterior ao nascimento deste mesmo tributo”.

A anistia, pois, perdoa, total ou parcialmente, a sanção tributária, isto é, a multa decorrente do ato ilícito tributário. Incide sobre a infração tributária, desconstituindo sua antijuridicidade, como observa Paulo de Barros Carvalho. Por evidente, aparta-se do tributo, que não compreende a sanção de ato ilícito.

Por óbvio, as remissões e as anistias só poderão ser concedidas por meio de lei editada pela pessoa política tributante. Só quem tributou – tendo competência constitucional para fazê-lo – pode remitir ou anistiar.

Assim, sobejamente demonstrado está que, consoante o texto constitucional, sem lei específica não pode a autoridade fazendária dispensar o pagamento de juros, correção monetária, multas, nem parcial ou integralmente o crédito tributário, sob pena de desprezeitar o preceituado no artigo 150, § 6º, da Constituição Federal.

Conclusões:

1 - A anistia somente pode abranger as infrações cometidas anteriormente à vigência da lei.

21. Curso de direito tributário, ob. cit., p. 309.

22. Curso de direito constitucional tributário, ob. cit., p. 391-392.

2 - A remissão só pode se referir a crédito tributário definitivamente constituído antes da vigência da lei.

3 - Sem lei específica em matéria tributária federal, estadual ou municipal, é vedado o reconhecimento de anistia e de remissão.

4 - Decretada a falência, a execução fiscal prosseguirá com penhora em bens dos dirigentes da empresa falida, isto na hipótese de não terem sido penhorados bens da executada antes da decretação da falência, e, para tanto, não pode ser feita penhora no rosto dos autos da falência.

5 - Após a decretação da falência, a execução fiscal será ajuizada contra a massa falida e os dirigentes solidários, penhorando-se bens destes e não no rosto dos autos da falência.

6 - Far-se-á comunicação do débito tributário ao Juízo Falimentar.

7 - Não assiste direito à contribuinte falida de pagar o crédito tributário sem multa e sem acréscimo de correção monetária, sem que a remissão e anistia tenham sido concedidas em lei específica da entidade tributante, em face de preceituado no § 6º do artigo 150 da Constituição Federal.

DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Monica Tonetto Fernandez*

Sumário: 1. Introdução. 2. Espécies. 3. Definição. 4. Natureza jurídica. 5. Breve esboço histórico. 6. Os embargos de declaração no direito comparado. 7. Juízo de admissibilidade e juízo de mérito. 8. Procedimento dos embargos de declaração. 9. Pronunciamentos passíveis de embargos de declaração. 10. Caráter infringente dos embargos. 11. Embargos de declaração e prequestionamento. 12. Conclusão. 13. Bibliografia.

* Procuradora do Estado de São Paulo.

1. INTRODUÇÃO

Muito embora estarem os embargos de declaração previstos desde os tempos da monarquia, a sua análise e estudo demonstram que há pontos controvertidos, como no tocante à sua natureza jurídica, ao caráter modificativo, entre outras questões.

Nesta breve abordagem, pretendemos discutir aspectos polêmicos sobre os embargos, para que através da reflexão possamos obter respostas, não absolutas, mas ao menos satisfatórias para a solução dos problemas jurídicos com que nos deparamos na vida profissional.

2. ESPÉCIES

Na linguagem comum, embargar significa impedir, dificultar. Já na linguagem técnico-jurídica, embargar significa “meio ou medida de oposição a ato ou ação de outrem, para que o impeça ou seja suspensa a sua execução.”

No ordenamento brasileiro, temos a figura do embargo (no singular) e dos embargos (no plural).

Embargo significa arresto. Temos ainda o embargo de obra nova, que é expressão sinônima de nunciação de obra nova.

De outra parte, os embargos (no plural) são de várias espécies. Ora constituem ação incidental, ora ação autônoma e principal, ora meio de defesa, ora recurso.

Dentro do processo de execução estão previstos cinco tipos de embargos, os quais constituem ação incidental de conhecimento que tem por escopo desconstituir, no todo ou em parte, o título executivo ou anular a execução. São eles:

- embargos do devedor à execução fundada em sentença;
- embargos do devedor à execução fundada em título extrajudicial;
- embargos do devedor à arrematação;
- embargos do devedor à adjudicação;
- embargos do devedor à execução por carta.

Temos, ainda, dentro do processo de execução, os embargos no processo de insolvência requerida pelo credor, os quais constituem meio de defesa.

No processo de falência e concordata estão regulados os embargos como meio de defesa, nos artigos 12, 1º e 142 da Lei de Falências, respectivamente. No processo falimentar há, também, o recurso de embargos contra a sentença que decretar a falência com base no artigo 1º da Lei n. 7.661/1945 (art. 18 do referido diploma).

Prevê o nosso direito os embargos de terceiro, como ação autônoma e principal. É um procedimento especial de jurisdição contenciosa, que tem a finalidade de tutelar a posse de quem, não sendo parte do processo, sofre turbação ou esbulho por ato de apreensão judicial.

Por derradeiro, os embargos aparecem como recurso e podem ser de declaração, de infringência, de divergência e de alçada.

Os embargos de divergência estão previstos no Regulamento Interno do Supremo Tribunal Federal e visam a uniformizar a jurisprudência, cabendo contra a decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou do Plenário na interpretação do Direito federal. Os embargos de divergência também estão previstos no artigo 29 da Lei n. 8.038/1990, e cabem se a Turma, no julgamento do recurso especial, divergir, na interpretação dada à mesma regra jurídica, de decisão proferida por outra Turma, por Seção ou pelo Órgão Especial. O cabimento, aqui, não se estende a acórdão que julgue agravo de instrumento interposto contra a denegação de recurso especial.

No que tange aos embargos infringentes, cabem estes quando o acórdão proferido no julgamento de apelação ou no de ação rescisória não contiver votação unânime.

Os embargos de alçada são admitidos nas causas da Justiça Federal e nas execuções fiscais (Leis ns. 6.825/1980 e 6.830/1980) em que o valor das mesmas seja igual ou inferior a cinquenta Bônus do Tesouro Nacional.

Finalmente, temos os embargos de declaração, que serão objeto deste modesto estudo.

3. DEFINIÇÃO

No Direito brasileiro, os embargos de declaração são o meio idôneo a ensejar o esclarecimento da obscuridade, a solução da contradição ou o suprimento da omissão verificada na decisão embargada. Visam à inteireza, à harmonia lógica e à clareza do decum, aplainando dificuldades e afastamento óbices à boa compreensão e eficaz execução do julgado.

O intuito é o esclarecimento ou a complementação. Têm, portanto, caráter integrativo ou aclaratório da decisão embargada. Esse é o âmbito dos embargos declaratórios.

4. NATUREZA JURÍDICA

A doutrina não é uníssona no que tange à natureza jurídica dos embargos de declaração.

Muitos autores sustentam não se tratar de recurso, entre eles João Monteiro, Cândido de Oliveira Filho e Antonio Cláudio da Costa Machado.

Argumentam que os embargos não visam à reforma do julgado, pois esse, ainda que provido, se manterá intangível na sua substância. Dizem, também, que uma vez que não visam a alterar a substância do julgado, nem inverter sucumbências, esses embargos não são recurso; constituiriam meio de correção e integração da sentença, não meio de impugnação da idéia que ela exprime. Observam que os embargos são apenas um meio formal de integração do ato decisório, pelo qual se exige do seu prolator uma sentença ou acórdão complementar que opere a dita integração. Por fim, para corroborar a corrente que sustenta que os embargos declaratórios não têm natureza recursal, argumentam que não há necessidade, para a oposição dos embargos, da existência de prejuízo ou gravame; bastando que a decisão embargada contenha qualquer ponto que enseje declaração ou complementação; além do que, não se estabelece o contraditório, uma vez que não é ouvida a parte contrária, processando-se tal procedimento sem a participação da parte que não embargou, tendo, por fim, a ausência de um dos pressupostos recursais, que é a realização do preparo.

Conclui-se, assim, que para esses processualistas o instituto constitui mero procedimento incidental, destinado ao aperfeiçoamento da forma pela qual a decisão se materializou.

Outra corrente, entre eles Vicente Greco Filho, José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Junior, Moacyr Amaral Santos e Sonia Márcia Hase de Almeida Baptista, entende que os embargos de declaração são recurso.

Argumentam que os embargos vêm disciplinados no Código de Processo Civil como recurso, sujeitando-se aos requisitos da admissibilidade e teoria geral dos recursos. Entendem que da decisão recorre o prejudicado com o gravame que lhe causa a obscuridade, a contradição ou a omissão de que a mesma se ressente. O fato de visarem os embargos de declaração à reparação do prejuízo que os defeitos do julgado trazem ao embargante, os caracteriza como recurso. Dizem, ainda, que os embargos se caracterizam como recurso, pois seria impossível uma linha distintiva muito nítida entre a idéia de sentença e a sua fórmula.

Conclui-se, por conseguinte, que para essa corrente os embargos declaratórios têm natureza jurídica de recurso, pois constituem impugnação do julgado para que haja novo pronunciamento jurisdicional sobre a lide ou questão processual, embora tenha de limitar-se a esclarecimento ou suprimento da omissão. É recurso, porque se recorre do gravame ou prejuízo causado pelos defeitos do julgado, quais sejam, obscuridade, contradição ou omissão.

Reconhecemos, igualmente, o caráter recursal dos embargos de declaração. Primeiramente, porque ante nosso direito positivo estão classificados como recurso –

artigo 496 do Código de Processo Civil; adotamos o princípio da taxatividade, segundo o qual somente são considerados recursos aqueles remédios designados como tal pela lei federal; em segundo lugar, porque são exercidos na mesma relação jurídica processual em que foi proferida a decisão recorrida; não há surgimento de novos autos, portanto, não é ação autônoma de impugnação e sim recurso; em terceiro lugar, porque impedem a formação da coisa julgada; e em quarto lugar, porque o defeito do julgado, ou seja, a existência de obscuridade, contradição ou omissão, sempre causa gravame ou prejuízo às partes; não havendo também por que se falar que a ausência de contraditório retira o caráter recursal dos embargos, uma vez que o defeito no julgado causa prejuízo a todos os sujeitos da relação processual. Também não há que se dizer que a falta de preparo retira o caráter recursal dos embargos, haja vista que a necessidade ou não de preparo é mera opção de política legislativa.

De outra parte, apesar de considerar os embargos de declaração um recurso, a jurisprudência não tem admitido que o juiz, invocando o princípio da fungibilidade dos recursos, receba como apelação eventual embargos declaratórios interpostos pela parte.

Nesse sentido:

“Não é admissível o recebimento de embargos de declaração como apelação, por invocação do princípio da fungibilidade dos recursos; a uma, porque essa fungibilidade dirá respeito a recursos em tese cabíveis de interposição a um mesmo órgão julgante; a duas, porque o recorrente sofrerá grave prejuízo, de vez que a fundamentação de embargos de declaração não é necessariamente a mesma cabível nas razões de apelação.” (RJTJSP 173/195).

5. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

Os embargos de declaração surgiram no Direito português, como meio de obstar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão judicial.

Foram regulados pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, conforme podemos observar do artigo 6º do Título LXVI do Livro III, que dispunha: “Porém se o Julgador der alguma sentença diffinitiva, que tenha em si algumas palavras escuras e intrincadas, bem a poderá declarar; por que outorgado he per Direito ao Julgador que possa declarar e interpretar qualquer sentença per elle dada, ainda que seja diffinitiva, se duvidosa for”.

Após, foram regulados pelo Regulamento n. 737 de 1850 e pela Consolidação de Ribas de 1876, além dos Códigos Estaduais de São Paulo, Bahia e Minas Gerais e a Consolidação Higino Duarte Pereira.

No Direito brasileiro, o Código de Processo Civil de 1939 regulou os embargos de declaração no Livro “Dos Recursos” e era utilizado contra acórdão que fosse obscuro, omissivo ou contraditório.

O Código de Processo Civil de 1973 adotou duas posições quanto aos embargos de declaração: estabeleceu no artigo 464 e seguintes, que os embargos cabiam contra sentença que contivesse obscuridade, dúvida, contradição ou omissão, e que deveriam ser interpostos em 48 horas contadas da publicação da sentença; estabeleceu, de outra feita, no artigo 535 seguintes, que os embargos de declaração poderiam ser interpostos contra acórdão que também contivesse obscuridade, dúvida, contradição ou omissão; todavia, o prazo para sua interposição era de cinco dias.

Hoje, com o advento da Lei n. 8.950/94, os embargos de declaração em primeiro grau de jurisdição foram unificados com os de segundo grau, no artigo 535, e são cabíveis quando houver, na sentença ou acórdão, obscuridade, contradição ou omissão, devendo ser interpostos no prazo, também único, de cinco dias.

6. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Não pretendemos, ao examinar a legislação de outros países, elaborar uma extensa dissertação sobre o Direito comparado. Analisaremos, apenas, alguns procedimentos adotados nos Direitos português, italiano e alemão.

Como já salientado, os Embargos Declaratórios são um instituto tipicamente luso-brasileiro e não aparecem nas legislações atuais estrangeiras, valendo-se o direito alienígena de figuras afins, de combinação de medidas judiciais, visando à necessidade de aclaração e complementação das decisões judiciais.

O Direito português admite a retificação de erros materiais e o esclarecimento de omissões e contradições através de reclamação, que é um pedido de revisão feito pelo mesmo órgão judicial ou através de recurso, que representa um pedido de revisão feito por um órgão judicial hierarquicamente superior, bem como ainda admite o Direito lusitano o esclarecimento de obscuridade e ambigüidade, esses atacáveis somente por reclamação.

O Código de Processo Civil italiano, nos artigos 287 a 289, se refere à correção da sentença em casos de omissão ou erros materiais e de cálculo. Qualquer outro tipo de correção ou esclarecimento, como as hipóteses embargáveis em nosso Direito, não poderão ser solucionadas com base nesses artigos, devendo se socorrer de outros tipos de impugnação disciplinados no Título III do Livro II da Lei Processual italiana.

A Ordenação Processual Civil alemã - ZPO (320) possui o procedimento de retificação de erros visíveis das sentenças e a resolução posterior sobre um ponto não considerado, conforme assinala Rosenberg. Nota ainda o jurista, ao versar sobre esse

tipo de procedimento, que a modificação da sentença não pode se produzir senão mediante recurso adequado interposto ante o Tribunal Superior, mas conclui que excepcionalmente permite-se ao Tribunal a modificação de suas decisões.

7. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E JUÍZO DE MÉRITO

Uma vez já esclarecida a natureza jurídica dos embargos de declaração – natureza recursal – devemos ter em mente que o pedido de esclarecimento ou complementação se submete ao juízo de admissibilidade – aos chamados pressupostos recursais. Tais pressupostos se dividem em objetivos, onde serão examinadas a existência e adequação do recurso, a tempestividade, a motivação e a regularidade procedimental, e em subjetivos, onde serão examinados o interesse e a legitimação para recorrer, bem como a inexistência de obstáculo ao poder de recorrer.

Cabe salientar que os embargos declaratórios são recursos de fundamentação vinculada, pois o recorrente precisa alegar um dos seguintes defeitos: obscuridade, contradição ou omissão para que o recurso seja cabível e precisa demonstrar a efetiva ocorrência desses defeitos na espécie, para que o recurso proceda. A existência real do vício é pressuposto de procedência.

Chegamos então ao juízo de mérito, ou seja, aos fundamentos dos embargos de declaração. O Código de Processo Civil considera fundamentos do recurso de embargos os seguintes:

Obscuridade: consiste na falta de clareza do julgado, tornando-se difícil fazer uma exata interpretação. Verifica-se a obscuridade quando o julgado está incompreensível no comando que impõe e na manifestação de conhecimento e vontade do juiz. A obscuridade pode ainda se situar na fundamentação ou no decisum do julgado; pode faltar clareza nas razões de decidir ou na própria parte decisória.

Contradição: consiste na existência de proposições entre si inconciliáveis. Ressalte-se que a contradição e a afirmação conflitante, que pode ocorrer entre proposições contidas na motivação, na parte decisória, ou, ainda, entre alguma proposição enunciada nas razões de decidir e o dispositivo, bem como pode ocorrer a contradição entre a ementa e o corpo do acórdão.

A jurisprudência tem entendido que contradição, suscetível de ser reparada por embargos de declaração, é a que se instala entre os próprios termos da decisão embargada. Não é possível, através de embargos, reparar possível contradição entre o que foi decidido e o que consta de determinado texto legal. (RJTJSP 169/261).

Omissão: consiste na falta de pronunciamento judicial sobre ponto ou questão suscitado pelas partes, ou que o juiz ou juizes deveriam se pronunciar de ofício. Assim, a omissão na decisão se caracteriza pela falta de atendimento aos requisitos

previstos no artigo 458 do Código de Processo Civil. Todavia, não se pode confundir questão ou ponto com fundamento ou argumento que servem de base fática, lógica para a questão ou ponto, pois o juiz não está obrigado a examinar todos os fundamentos das partes, sendo importante que indique somente o fundamento que apoiou sua convicção no decidir. Conclui-se, assim, que as questões que o juiz não pode deixar de decidir são todas as questões relevantes postas pelas partes para a solução do litígio, bem como as questões de ordem pública, as quais o juiz deve resolver de ofício. Deixando de apreciar algum desses pontos, ocorre a omissão.

A jurisprudência tem entendido não se caracterizar como omissão a motivação sucinta, pois esta não se confunde com a falta de motivação (RJTJSP 169/261).

Tem a jurisprudência, de outra parte, considerado como omissão a não-apreciação de pedido de uniformização de jurisprudência (RJTJSP 157/251); a não-apreciação quanto ao pedido de desistência, manifestado antes do julgamento da causa (RJTJ 58/80); o silêncio quanto à verba para honorários pleiteada pelo vencedor (RT 147/147).

Com a alteração introduzida pela Lei n. 8.950/1994, suprimiu-se a dúvida como defeito no julgado, o qual possibilitava a interposição dos embargos declaratórios. Tal supressão veio em boa hora, já que a dúvida está subsumida às figuras da obscuridade e da contradição. Essa hipótese era muito criticada pela doutrina e jurisprudência, pois a dúvida é um estado de espírito, de natureza subjetiva, entre a afirmação e a negação. Esse estado de espírito nasce na mente de quem lê uma decisão e a interpreta; não existe objetivamente, sendo que o que existe de objetivo é a obscuridade ou contradição encontrada no julgado, da qual, conseqüentemente, nascerá a dúvida. Portanto, não havia razão alguma para se manter a dúvida como categoria autônoma ou requisito indispensável à propositura do recurso, porque, como já salientado, ela não passa de uma variante da obscuridade ou da contradição.

Logo, embargos declaratórios fundados somente na dúvida não são mais cabíveis. Nesse sentido é a jurisprudência: "Nos termos da Lei Federal n. 8.950, de 1994, na parte que alterou o artigo 535 do Código de Processo Civil, a dúvida não mais dá ensejo à declaração, mas somente à omissão, à obscuridade e à contradição." (RJTJSP 171/245).

8. PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Antes da reforma provocada pela Lei n. 8.950/1994, o Código de Processo Civil previa o cabimento dos embargos de declaração quando os erros ou omissões se verificassem em acórdãos (art. 535) e em sentenças (art. 464). A disciplina de ambos não se diferenciava senão em pontos secundários, qual seja, o prazo para sua interposição, que nos tribunais era de cinco dias e no 1º grau de jurisdição era de quarenta e oito horas.

A aludida lei unificou a disciplina dos embargos, abrangendo tanto as sentenças, quanto os acórdãos. O prazo para sua interposição também é único, ou seja, de cinco dias, contados da publicação do julgado.

O Ministério Público, a Fazenda Pública e os liticonsortes com procuradores diferentes possuem o prazo em dobro para recorrer (arts. 188 e 191, do CPC), tendo, portanto, dez dias para ingressar com os embargos declaratórios.

A interposição dos embargos se faz através de petição, dirigida ao juiz que emitiu um pronunciamento judicial, ou ao relator do acórdão, devendo essa petição indicar o defeito que existe no julgado – o ponto obscuro, contraditório ou omissivo.

O juiz deverá julgar os embargos no prazo de cinco dias; já o relator deverá apresentá-los em mesa na sessão subsequente, proferindo voto.

Entendemos que os embargos de declaração devem ser dirigidos ao mesmo juízo que proferiu a decisão, sendo este também o órgão judicial que deverá julgá-los. Não há vinculação do juiz que participou do julgamento embargado para a apreciação dos embargos, vez que o pronunciamento é do órgão e não da pessoa física do juiz.

Os embargos declaratórios processam-se independentemente de preparo, uma vez que o artigo 536 expressamente dispensou esse requisito.

Têm os embargos de declaração o efeito de interromper o prazo para a interposição de outros recursos (não mais suspensivo, como era no regime anterior à reforma). A interrupção do prazo decorre unicamente da sua interposição e não de seu recebimento ou acolhimento, e se estende também à parte contrária, face ao comando do artigo 538. Só não interrompem o prazo para a interposição de outros recursos os embargos que forem intempestivos, uma vez que nenhum efeito se operou.

Entendemos, data venia, que no que tange aos embargos intempestivos deve-se adotar uma posição intermediária. Assim, quando da interposição de embargos seródios, deve ocorrer a interrupção do prazo para interposição de outros recursos para o recorrido, em razão do disposto no artigo 180, uma vez que com o ingresso do recurso intempestivo, fica a parte contrária impedida de consultar os autos.

Nesse caso de interrupção do prazo para interposição de quaisquer recursos para ambas as partes, surge outro ponto interessante. Ocorre quando, proferida a sentença de primeiro grau, haja sucumbência recíproca. Por exemplo: o autor apela no 12º dia do prazo. Todavia, no 2º dia do prazo o réu já havia ingressado com embargos de declaração. Sobrevindo julgamento provendo os embargos para esclarecer a decisão, pode o autor, que já havia apelado, aditar o seu recurso, em face desse esclarecimento?

Ora, como o prazo estava interrompido, o autor poderá aditar o seu recurso. Como os embargos têm caráter integrativo ou aclaratório, deve o recorrente ter o direito de aditar o recurso para poder se manifestar sobre a complementação.

Com mais razão ainda caberá o aditamento da apelação quando houver modificação substancial da sentença, tema esse que adiante será melhor examinado.

Enfim, para evitar o uso abusivo dos embargos de declaração quando forem manifestamente protelatórios, ou seja, que o embargante se conduza de maneira ofensiva ao dever de proceder com lealdade, no julgado que os desprover será aplicada sanção ao embargante, correspondente à multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa. A sanção é de multa e não de perda do efeito interruptivo. Esse, inclusive, é o entendimento jurisprudencial: "Condenação ao pagamento de multa, prevista no parágrafo único do artigo 538, que constitui a única sanção para o caso de embargos de declaração." (RJTJSP 155/183).

Essa multa pode ser elevada em até dez por cento se forem reiterados os embargos protelatórios, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo, assumindo tal depósito a natureza de pressuposto objetivo de admissibilidade do recurso subsequente.

Para que possa aplicar a multa, o tribunal deverá pronunciar-se expressamente sobre a caracterização ou não dos embargos declaratórios como meramente protelatórios deverá o tribunal justificar a cominação (RSTJ 11/415, RT 709/203). Tal imposição deve ser feita de ofício, independente de provocação da parte contrária.

9. PRONUNCIAMENTOS PASSÍVEIS DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

A Lei Processual Civil Brasileira prevê o cabimento dos embargos de declaração quando se verificar obscuridade, contradição ou omissão nas sentenças ou acórdãos.

Surge, portanto, um ponto polêmico: caberia o recurso contra decisões interlocutórias e despachos eivados de erros e omissões?

Não há uniformidade sobre o tema. Para Wellington Moreira Pimentel, não cabem embargos declaratórios contra decisões interlocutórias, porque as mesmas são agraváveis, sendo o agravo o recurso hábil para a reforma da decisão ou correção do defeito. Já o professor Moniz de Aragão, embora entenda cabíveis os embargos declaratórios contra decisões interlocutórias e despachos, considera mais adequado corrigi-los através de simples pedido.

De outra parte, Pontes de Miranda, José Carlos Barbosa Moreira e Vicente Miranda entendem que qualquer decisão judicial, seja interlocutória, sentença ou

acórdão e até mesmo despacho, é passível de embargos de declaração, asseverando ainda Barbosa Moreira que qualquer pronunciamento comporta embargos declarativos por “ser inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existentes no pronunciamento, não raro a comprometer até a possibilidade prática de cumpri-lo”.

Tendemos pela admissão do recurso de embargos de declaração contra sentenças, acórdãos, decisões interlocutórias e despachos.

Contra sentença e acórdão, embargos declaratórios são cabíveis, face à expressa disposição legal – artigo 535 do Código de Processo Civil.

Contra as decisões interlocutórias e despachos também são cabíveis, pois, partindo-se da interpretação sistemática do Código, chegaremos à conclusão de que os pronunciamentos judiciais devem ser claros e precisos para não gerar insegurança aos jurisdicionados. Assim, não se pode permitir que a insegurança gerada por defeitos no pronunciamento, que impeçam a sua compreensão e dificultam o andamento do feito, permaneçam sem conserto. Portanto, pode a parte, através de embargos, pedir o esclarecimento ou a complementação de uma decisão interlocutória ou despacho.

Argumenta-se que determinadas falhas poderiam ser sanadas através de simples pedido. Não nos inclinamos a abarcar esse entendimento, pois, uma vez utilizado um pedido de correção, a parte se sujeitaria aos efeitos da preclusão quanto aos demais recursos cabíveis contra aquele pronunciamento, já que, ao contrário dos embargos de declaração que interrompem o prazo para outros recursos, o pedido não impediria a fluência dos mesmos.

Os embargos de declaração são cabíveis também contra decisões irrecuráveis, vez que a irrecorribilidade diz respeito a outros recursos. Há casos em que a lei expressamente admite a interposição dos embargos declarativos, todavia, limita a utilização de outros recursos. É o que acontece com o artigo 34 da Lei n. 6.830/1980, em que se admite unicamente a interposição de embargos infringentes contra as sentenças proferidas em execução fiscal de determinado valor, e não se exclui a possibilidade de serem interpostos embargos declaratórios.

Surge ainda uma questão, relacionada à admissibilidade dos embargos declaratórios, para que se faça a declaração de voto vencido, na hipótese desta não ter sido feita, consignando-se apenas no acórdão a existência de voto divergente. Esse tema tem extrema importância, na medida em que a divergência do órgão colegiado na votação enseja a interposição de embargos infringentes, e que esses embargos estão circunscritos à matéria contida no voto vencido.

Sobre esse tema também há divergências. Há os que entendem ser incabíveis, nesse caso, os embargos de declaração. Argumentam que o voto não é uma decisão,

mas a expressão de uma opinião, sendo uma etapa preliminar do julgamento, e os embargos declaratórios aclaram ou complementam uma decisão. Entendem também que para se obter a declaração do voto, bastaria um pedido para tanto, sem forma prescrita, já que o voto vencido não é pronunciamento judicial, bem como de que para a interposição dos embargos infringentes bastaria haver a divergência, ou seja, estar consignado no acórdão a existência de voto divergente.

Há ainda o argumento de que a admissibilidade dos embargos declaratórios para declaração de voto vencido poderia gerar a alteração desse voto, já que se é possível sua interposição para declarar voto, também o seria para sanar defeitos, o que acarretaria ausência de intercâmbio dos julgadores, já que não haveria a troca de experiências e conhecimentos que se faz no momento do julgamento.

Por outro lado, há os que entendem ser cabíveis os embargos declaratórios para declaração de voto vencido. Afirmam que os embargos devem ter a aplicação mais larga possível. A declaração do voto vencido ou o esclarecimento ou complemento dos defeitos nele encontrados são essenciais para que se possa interpor o recurso de embargos infringentes, pois não se pode presumir o conteúdo do voto vencido. Entendem ainda que a possibilidade de alteração do julgado não prejudica a existência do órgão colegiado, haja vista que se a opinião do julgador foi emitida de forma defeituosa, o intercâmbio de experiências e conhecimentos entre os julgadores restou viciado. Assim, a interposição dos embargos de declaração propicia o esclarecimento ou suprimento de falhas, dando oportunidade ao julgador de manifestar corretamente a sua opinião, conduzindo à interposição dos embargos infringentes.

Ressalte-se, por fim, que o mero pedido de declaração do voto vencido traz alguns inconvenientes, apesar de ser mais simples. O primeiro é que o pedido não tem forma, nem prazo a serem seguidos e não está previsto legalmente. O segundo é que o pedido não tem o condão de interromper os prazos para interposição de outros recursos.

A jurisprudência também entende exigível venha o voto oral do juiz integrante da Turma Julgadora, quando vencido em julgamento não unânime, constar do acórdão, suprimento que se obtém, quando ausente, mediante embargos de declaração (JC 51/302, RT 419/308). Todavia, não tem admitido os embargos com o fim de sanar defeitos na declaração do voto divergente, só cabendo para sanar defeitos no acórdão. "O Código de Processo Civil, em seu artigo 535, dispõe que cabem embargos de declaração quando há no acórdão obscuridade, dúvida, contradição ou foi omitido ponto sobre que devia pronunciar-se o Tribunal. Portanto, pela dicção da lei processual, declarável é o acórdão, representação escrita de um julgamento colegiado (art. 163 do Código de Processo Civil). Não os votos vencedores ou vencidos, particularizadamente, que o integram, pois não constituem, em si, uma unidade jurisdicional autônoma. Consoante Moniz de Aragão, o acórdão "é ato de distintas

pessoas – dos integrantes do órgão julgador. Cada qual concebe e exterioriza uma opinião, que se denomina voto, a respeito da causa, assim contribuindo para formação, por partes, do julgamento que será, depois, reduzido a escrito, recebendo, então, o nome de acórdão” (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 46). A decisão, portanto, é um todo único, consubstanciado na resolução do Juízo colegiado, cujos componentes “acordam” à unanimidade ou por maioria. Destarte, somente direcionados a esse ato jurisdicional, complexo, expressão do conjunto, podem ser opostos embargos de declaração.” (RJTJSP 145/242).

Filiamo-nos, portanto, à posição que aceita o cabimento dos embargos de declaração a fim de declarar voto vencido, em especial porque não há como se intuir o teor do voto divergente, bem como aceitamos o seu cabimento, a fim de sanar eventuais defeitos existentes no referido voto.

Urge, ainda, observar o problema de sentença ultra, extra e citra (ou infra) petita.

O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial, cabendo ao magistrado decidir de acordo com esse limite, nos termos do artigo 128 do CPC. É vedado ao juiz proferir sentença acima, fora ou abaixo do pedido.

Todavia, caso o faça, essa sentença estará eivada de vício corrigível através de recurso.

Entende-se que a sentença ultra e a extra petita só podem ser corrigidas por meio de apelação, cabendo ao Tribunal reduzi-las aos limites do pedido. Os embargos de declaração só caberiam nesse caso, se a sentença proferida acima ou fora do pedido contivesse ainda os vícios de admissibilidade do referido recurso. A decisão ultra ou extra petita pura e simples, sem omissão, contradição ou obscuridade, não pode ser corrigida por meio de embargos declaratórios.

De outra parte, a sentença citra ou infra petita pode ser corrigida por embargos de declaração, pois essa sentença encerra uma omissão, cabendo ao juiz supri-la.

Por derradeiro, existem divergências sobre a admissibilidade ou não de novos embargos de declaração contra a decisão declaratória. Ora, se a decisão declaratória proferida em sede de embargos de declaração estiver eivada de defeitos – obscuridade, contradição ou omissão – caberá a interposição de novos embargos declaratórios para corrigir os novos vícios ou defeitos. Todavia, não se admitem novos embargos de declaração contra a decisão que rejeitou o recurso de embargos anterior ou o julgou improcedente, se essa decisão não contiver nenhum vício embargável; ou seja, não se pode atacar por meio de novos embargos a matéria já solucionada na decisão declaratória anterior, quando essa decisão estiver isenta de vícios. A tanto veda o

artigo 473 do Código de Processo Civil que as partes discutam sobre questões preclusas.

Oportuno observar o entendimento jurisprudencial:

“Não cabem embargos de declaração da decisão que rejeita, em termos claros e concisos, e portanto sem omissão ou contradição que prejudique a parte, os embargos opostos contra a sentença. Se o juiz rejeita os embargos de declaração, compete ao prejudicado interpor apelação para que o tribunal, em diligência, entendendo-a necessária, determine a declaração recusada.” (RT 111/338).

“Embargos de declaração em embargos de declaração. O sistema jurídico não admite a reiteração pura e simples de recurso e jamais se poderia admitir que, em face a procedimento notadamente procrastinatório, devesse permanecer inerte o juiz, a quem o CPC impôs, entre outros, o dever de velar pela rápida resolução do litígio (art. 125, II).” (Julgados do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, 74/234).”

“Cabimento, em tese, de embargos declaratórios para suprir omissão em acórdão relativo a anteriores embargos declaratórios.” (Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, 35/210).”

“Interposição em embargos de declaração – Cabimento, se a nova decisão apresentar obscuridade, contradição ou omissão diversas das apontadas na primitiva decisão.” (LEX 61/216)

10. CARÁTER INFRINGENTE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Em regra, os embargos de declaração não têm caráter substitutivo, modificador ou infringente da decisão embargada, mas sim integrativo ou aclaratório.

Porém, conforme assevera Barbosa Moreira, “havendo contradição, ao adaptar ou eliminar alguma das proposições constantes da parte decisória, já a nova decisão altera, em certo aspecto, a anterior. E, quando se trata de suprir omissão, não pode sofrer dúvida que a decisão que acolheu os embargos inova abertamente: é claro, claríssimo, que ela diz aí mais que a outra (...). Este último caso é de particular delicadeza, pois, às vezes, suprida a omissão, impossível se torna, sem manifesta incoerência, deixar subsistir o que se decidira (ou parte do que se decidira) no pronunciamento embargado. Assim, por exemplo, se o órgão julgador saltara por sobre alguma preliminar – já relativa à admissibilidade do recurso, já concernente a qualquer circunstância que impediria o ingresso no *meritum causae*, ou mesmo o aspecto deste (prescrição, decadência) – e, apreciando-a nos embargos de declaração, vem a acolhê-la, necessariamente cai a decisão sobre a restante matéria, a cujo exame

obstaria o acolhimento da preliminar. Em tal medida é lícito reconhecer ao julgamento dos embargos efeito modificativo.”

Outros processualistas também entendem ser natural do instituto sua força modificadora.

Dentre eles destacamos Seabra Fagundes e Antonio Carlos de Araujo Cintra. O primeiro ressalta que, embora tenham os embargos de declaração o objetivo específico de suscitar novo pronunciamento de caráter interpretativo e não-infringente, casos haverá, como por exemplo o não-conhecimento de recurso intempestivo, embora provada materialmente a tempestividade, em que, diante da ausência de outros meios para corrigir flagrantes injustiças, poderão ser modificadas substancialmente as decisões embargadas. Conclui, assim, que nos casos de flagrante injustiça e não havendo outra via adequada para repará-la, é admitida a modificação do julgado através dos embargos de declaração. O segundo faz a seguinte observação: “na potencialidade própria dos embargos de declaração está contida a força de alterar a decisão embargada, na medida em que isto seja necessário para atender à sua finalidade legal de esclarecer a obscuridade, resolver a contradição ou suprir a omissão verificada naquela decisão. Qualquer restrição que se oponha a essa força modificativa dos embargos de declaração nos estritos limites necessários à consecução de sua finalidade específica, constituiria mutilação do instituto.” Salaria, ainda, que os embargos declaratórios estão arrolados entre os recursos, não podendo lhes recusar a força modificativa, pois se estaria criando uma exceção única na categoria dos recursos, a qual a lei não ampara, já que o Código de Processo Civil admite expressamente a alteração do julgado por meio de embargos de declaração – artigo 463, inciso II.

Há entendimento na doutrina em não se admitir que o pronunciamento judicial seja modificado através de embargos. Vicente Miranda afirma que: “Os embargos, tal qual previsto em nossa legislação adjetiva, visam tão-só a esclarecer ou complementar o pronunciamento jurisdicional e não modificá-lo; têm finalidade específica. Para a modificação das decisões estão previstos os demais recursos. Se não tiver ocorrido omissão ou contradição ou obscuridade mas erro de fato, mesmo que seja flagrante, deverá e poderá a parte valer-se do recurso adequado, agravo de instrumento ou apelação ou outro remédio recursal para corrigir tal erro.” E finaliza, dizendo: “Além do mais, será difícil no terreno prático distinguir o erro flagrante de fato do erro não flagrante, de tal forma que, em alguns casos ou processos, se poderá alargar de tal maneira o conceito de flagrante erro de fato a ponto de se chegar a utilizar dos embargos declarativos como sucedâneo da apelação ou do agravo de instrumento ou, o que é pior, a ponto de se permitir a interposição de tais embargos como sucedâneo da apelação ou do agravo, justamente quando já esgotados tais recursos pela parte vencida, que passará a ver nos embargos meio processual de rever

os julgados para ela desfavoráveis. Os embargos declaratórios não podem se transformar em meio processual de modificação ou de alteração do julgado.”

Adotamos a corrente que aceita o caráter infringente dos embargos declaratórios, acrescentando que sua admissão é totalmente cabível, pois, hoje, no processo civil moderno, se busca um processo de resultados, racional e menos burocrático e não um processo de conceitos. Como dito por Chiovenda “na medida do que for praticamente possível, o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.” Ora, um dos óbices à efetividade do acesso à justiça é a injustiça da decisão – aquela consubstanciada em erros, omissões, contradições – motivo pelo qual os embargos declarativos com efeito modificador devem ser admitidos, vez que corrigem uma decisão injusta, equivocada, permitindo, portanto, uma justiça rápida e efetiva.

Além do mais, não existe no Direito Processual vigente qualquer disposição que vede a alteração do julgado em sede de embargos de declaração. Muito pelo contrário, verifica-se com a leitura do artigo 463 do Código de Processo Civil que a orientação é no sentido da alteração do julgado, pois referido artigo é claro quando diz que o juiz cumpre seu ofício jurisdicional quando a sentença é publicada, só podendo alterá-la por meio de embargos declaratórios.

A jurisprudência, de outra parte, firmou entendimento no sentido de admitir a força modificativa e infringente dos embargos declaratórios em casos especiais e em caráter excepcional.

“Conquanto não se trate de matéria de todo pacífica, existe firme corrente jurisprudencial que admite a extrapolação do âmbito normal de eficácia dos embargos declaratórios, quando utilizados para sanar omissões, contradições ou equívocos manifestos, ainda que tal implique em modificação do que restou decidido no julgamento embargado” (STJ-RT, v. 663/172, mesma ob. e aut. cits., p. 434).” (RJTJSP 171/248).

Podemos, por conseguinte, arrolar três hipóteses em que são admitidos os embargos com caráter infringente: 1) quando utilizados para a correção de erro material manifesto; 2) quando utilizados para o suprimento de omissão; e 3) quando utilizados para a extirpação de contradição.

A jurisprudência elenca vários casos de erro material manifesto, nos quais são admitidos o caráter modificativo dos embargos. São eles:

- quando forem deduzidos para corrigir declaração manifestamente errônea de intempestividade da apelação (RJTJSP 50/258);

- quando forem deduzidos para corrigir declaração manifestamente errônea de intempestividade do preparo da apelação (2º TACivSP, B. AASP 1.759/4);

- quando forem deduzidos para corrigir equívoco constante da ata de julgamento, mormente quando há evidente contradição entre a parte conclusiva do aresto e o voto do relator (STF, RE n. 82.215, RT 500/245);

- quando forem deduzidos para corrigir equívoco no acórdão, o qual acata tese não correspondente à questão agitada no recurso (RE n. 23.134-0, RT 702/196).

Diante do erro de fato, os embargos declaratórios também estão sendo acolhidos, ainda que importem na modificação da decisão embargada.

Todavia, é oportuna a observação quanto ao erro de fato e o erro material, feita por João Batista Lopes, em estudo sobre a “alteração do julgado em embargos de declaração”, onde faz ver não se afigurar “razoável impor-se ao recorrente o ônus de socorrer-se da via excepcional do recurso extraordinário ou da ação rescisória para desfazer manifesto erro material do órgão judicante”. E salienta: “Não há confundir, porém, erro de fato, cujo conhecimento requer reexame de prova, com o simples erro material, cuja existência justifica correção do acórdão via embargos declaratórios. Logo, em caso de erro de fato, o recurso de embargos de declaração “não constitui sucedâneo da ação rescisória, não sendo, pois, sede própria para a reapreciação da prova dos autos”.

No entanto, como já salientado, apesar das divergências doutrinárias, os embargos declaratórios com efeito modificativo estão sendo admitidos nos casos de erro de fato. Assim, são admissíveis e procedentes embargos de declaração, tendo por fim a alteração do julgado, quando este resultou de manifesto equívoco ao ser apreciada a prova dos autos. (TJSP, Embargo n. 46.177, RF 134/485).

Destarte, correta a observação feita pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (RT 565/173), ao asseverar:

“O STF tem assentado que, por motivo de erro material ou de fato em julgamento seu, é lícito, acolhendo-se em embargos declaratórios, corrigir-se o julgado, sanando-se o equívoco, ainda que tal importe na modificação da decisão embargada.”

Outra hipótese comum de embargos declaratórios modificadores da decisão embargada ocorre quando o vício apontado é o da omissão. Não há propriamente infringência do julgado e sim decisão nova, pois a matéria não foi objeto de consideração pela decisão embargada.

O efeito modificador ocorre quando, ao se suprir a omissão, haja necessidade de se examinar outros aspectos da causa, como consequência necessária e que não tenham sido apreciados.

No caso de vício da omissão, a consequência de suprir tal defeito importa retomar o julgamento e concluí-lo. Tal resulta que a declaração não é esclarecedora da anterior, senão ampliativa.

Podemos arrolar, no que tange à omissão, alguns exemplos de embargos com efeito modificador:

- no caso de sentença julgada procedente no tocante ao pedido e omissa quanto à prescrição alegada pelo réu; quando o juiz acolher os embargos, terá de modificar o julgado de procedência para improcedência do pedido;

- nos casos de condições da ação e pressupostos processuais, se se chegar à conclusão de que o requisito de validade do processo está ausente, os embargos declaratórios terão de ser providos com força inovativa, pois da sua acolhida necessariamente resultará a cassação do que antes se decidiu no pronunciamento embargado. Como por exemplo, os embargos de declaração que foram acolhidos com efeito modificativo, para sanar omissão quanto à legitimidade de partes, reconhecendo a ilegitimidade ativa ad causam da autora (RJTJSP 171/247).

No caso de extirpação de contradição, o efeito modificador se dará quando o pronunciamento judicial contiver contradições na parte dispositiva.

Portanto, uma vez denunciada e verificada a existência de contradição, ao corrigi-la o juiz estará necessariamente reabrindo o julgamento. Na tentativa de harmonizar as proposições desavindas, ocorrerá a exclusão de uma com a prevalência da outra ou poderá ocorrer o afastamento das duas proposições contraditórias e, conseqüentemente, ser agregada à decisão uma nova proposição. Em ambos os casos ocorrerá o efeito modificador.

Um exemplo que elucida o tema se dá quando o julgador acolhe a prescrição aquisitiva em favor do réu e julga a ação procedente em favor do autor. Nesse caso, o julgador terá que acolher uma das duas situações; ou acolhe a prescrição e julga a ação improcedente, ou afasta a prescrição e julga a ação procedente.

Cabe ainda salientar que a jurisprudência reconhece o efeito modificativo dos embargos, dentro da sua específica área de incidência. Trazemos à colação pertinente anotação feita pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Inexistindo na decisão embargada omissão a ser suprida, nem dúvida, obscuridade ou contradição a serem aclaradas, rejeitam-se os embargos de

declaração. Afiguram-se manifestamente incabíveis os embargos de declaração à modificação da substância do julgado embargado. Admissível, excepcionalmente, a infringência do decisum quando se tratar equívoco material ou o ordenamento jurídico não contemplar outro recurso para a correção do erro fático perpetrado, o que não é o caso. Impossível, via embargos declaratórios, o reexame de matéria de direito já decidida, ou estranha ao acórdão embargado.” (Embargos Declaratórios n. 13.845, DJU, de 31.8.1992).

Assim, verifica-se que os embargos declaratórios só serão admitidos quando destinados a atacar um dos defeitos elencados no artigo 535 do CPC, ou para corrigir erro manifesto. Se, ao se suprir uma omissão ou extirpar uma contradição, ou, mesmo, se corrigir um erro, os embargos inovarem o julgado, tal efeito será admitido. Não havendo nenhum vício a ser sanado na decisão, os embargos de declaração com efeito modificativo não serão admitidos, vez que não se prestam a adequar a decisão ao entendimento do embargante; aliás, sequer os embargos o serão, conforme, inclusive, entendimento jurisprudencial: “Cabem os embargos de declaração quando há no acórdão omissão, contradição, obscuridade ou dúvida. Aqui, no entanto, o acórdão embargado não contém qualquer circunstância a ensejar utilização desse instituto. Embargos rejeitados.” (RJTJSP 140/187).

Há, ainda, que se considerar a admissão do caráter infringente dos embargos de declaração, no que respeita à decisão ultra petita. Apesar de os embargos só serem admitidos contra decisão proferida acima do pedido, quando a mesma estiver eivada de vícios pode ocorrer que, quando do acolhimento dos embargos, extirpando a contradição ou suprimindo a omissão, se dê ao mesmo caráter infringente.

De outra feita, como já anteriormente ressaltado, a ausência de contraditório não retira o caráter recursal dos embargos, pois a obscuridade, contradição ou omissão contida no pronunciamento causa prejuízo a ambas as partes, não sendo lógico que a parte que não embargou quisesse contrariar pedido de reparação de prejuízo existente também para ela, não-embargante.

Contudo, no caso de ser admitido o caráter infringente dos embargos, a modificação do julgamento é absolutamente ilegítima, quando feita sem a parte embargada em contraditório. O contraditório, na expressão da professora Ada Pellegrini Grinover, “consiste na ciência, por ambas as partes, do que se faz ou se pretende fazer no processo, e na possibilidade de contrariar.” Mesmo que nada disponha a lei a respeito, a observância, nesses casos, é de rigor constitucional, e viola a garantia do contraditório o julgamento feito sem oportunidade para a resposta do embargado. Por conseguinte, nesses casos deve o juiz dar vista à parte contrária para contrarrazoar o recurso interposto.

Assim, concluindo, entendemos que os embargos de declaração devem ter a aplicação mais larga possível e, parafraseando Sonia Maria Hase de Almeida Baptista, que muito bem sintetizou este tema, temos que “não havendo proibição legal de alteração do julgado, cabe ao juiz, aplicando a justiça, dar aos embargos o caráter infringente do julgado, pois sabe-se que é na procura da justiça que avulta a função do juiz, que há de ser o guardião das liberdades individuais.”

11. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PREQUESTIONAMENTO

Também no que tange à necessidade de interposição de embargos de declaração de acórdão, com a finalidade de prequestionar matéria que será objeto de recurso especial ou extraordinário, pode-se gerar dúvida.

A Constituição de 1891 exigiu expressamente o prequestionamento, cujo artigo 59, III, alínea “a”, dispunha: “quando se questionar sobre a validade de leis ou aplicação de tratados ou leis federais e a decisão for contra ela.”

As Constituições de 1934, 1937 e 1946 mantiveram a expressão “questionar” em alguns dos incisos do permissivo constitucional do recurso extraordinário.

Porém, o termo “questionar” não constou da Carta Magna de 1967, nem na vigente. Todavia, durante a vigência da Constituição de 1967, as súmulas do Supremo Tribunal Federal que tratavam do prequestionamento foram mantidas, súmulas estas, aliás, prestigiadas também pelo Superior Tribunal de Justiça. Essas súmulas se elevam à categoria de pressupostos jurisprudenciais de admissibilidade do recurso especial e extraordinário.

São elas: Súmula n. 282: “É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventila, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” E complementando-a e esclarecendo-a, a Súmula n. 356: “O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.” E, afinal, a Súmula n. 283: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

Chegou-se ao ponto de exigir que o acórdão do qual se interporia recurso extraordinário tivesse expressamente mencionado os artigos de lei, não bastando que este discutisse a matéria.

Ora, para a Constituição em vigor surge o debate sobre a necessidade do prequestionamento e se os embargos de declaração, por via de consequência, são imprescindíveis.

O requisito do prequestionamento nada mais é do que a discussão no acórdão recorrido, dos mesmos dispositivos legais que servirão de base para os fundamentos do recurso extraordinário, discussão essa espontânea, pelo Tribunal recorrido, ou necessariamente provocada por embargos declaratórios, quando omitida; tudo para que não seja obstada a admissibilidade do recurso extraordinário por falta de prequestionamento da quaestio juris.

Verifica-se, pois, que os embargos de declaração com fim de prequestionamento são admitidos. Porém, devem observar os lindes traçados no artigo 535, do Código de Processo Civil – obscuridade, contradição, omissão, e, por construção pretoriana, a hipótese de erro material. Não havendo nenhum desses defeitos, os embargos devem ser rejeitados, pois não são o meio hábil para o reexame da causa.

Nesse diapasão: “Ocorrente alguma das hipóteses do artigo 535 do CPC, admitem-se os Embargos de Declaração para fim de prequestionar, descabendo, no caso, aplicar-se a multa do artigo 538, parágrafo único, daquele diploma legal.” (RT 708/198).

Assim, para que o recurso especial e o extraordinário possam ser interpostos válida e eficazmente, é preciso que a parte embargue de declaração para suprir a omissão quanto à questão não decidida, ou quanto à fundamentação não examinada no acórdão.

Porém, o que se discute aqui não é a possibilidade de sua interposição, quando efetivamente se vislumbrem omissões, contradições, obscuridades ou erros materiais no julgado, mas, sim, sua imprescindibilidade e quando a mesma ocorreria.

Na jurisprudência encontram-se acórdãos mitigando o requisito do prequestionamento para o conhecimento do recurso especial, considerando desnecessária a interposição de embargos de declaração se a matéria foi implicitamente discutida; outros, mantendo a necessidade de interposição dos embargos declaratórios se não houve explícita menção da matéria no julgado.

Na doutrina, posições há que defendem inexistir sob a égide da Lei Maior de 1988 o requisito do prequestionamento, haja vista que o mesmo não encontra disposição expressa. Outros, buscando mitigar a rigidez do requisito, entendem ser cabível o prequestionamento implícito ou até mesmo a desnecessidade deste em matérias que devem ser conhecidas de ofício.

Anota o ilustre mestre Sálvio de Figueiredo Teixeira que o prequestionamento pode ser implícito, “não havendo necessidade de prequestionamento explícito e muito menos de oferecimento de embargos declaratórios.”

Nos inclinamos a adotar uma posição intermediária. O prequestionamento decorre da própria natureza do recurso especial ou extraordinário. Portanto, acreditamos que os embargos declaratórios não podem ser tidos como imprescindíveis para a explicitação daquilo que é extraído sem dificuldades do contexto do julgado. Tal exigência seria um formalismo exagerado.

12. CONCLUSÃO

Ao final deste modesto estudo, extraímos algumas conclusões, que passo a arrolar:

a) Os embargos de declaração são recurso.

b) Os embargos declarativos têm o escopo de tornar os pronunciamentos judiciais claros e precisos, eliminando os vícios da obscuridade, contradição e omissão, visando sua boa compreensão e eficaz execução.

c) O instituto originou-se nas Ordenações Portuguesas. No Brasil, figurou no Regulamento n. 737, na Consolidação de Ribas, no Código de Processo Civil de 1939 até o nosso atual Código.

d) Os embargos de declaração têm cabimento contra despacho, decisão interlocutória, sentença e acórdão.

e) Os embargos declaratórios têm como fundamentação a obscuridade (falta de clareza na redação do julgado), contradição (existência de proposições inconciliáveis entre si) e omissão (falta de pronunciamento judicial sobre matéria que deveria ter sido apreciada pelo juiz).

f) O instituto tem efeito interruptivo, ou seja, sua interposição interrompe o prazo para a oposição de outros recursos.

g) Excepcionalmente, os embargos de declaração assumem o caráter infringente do julgado, modificando substancialmente a decisão embargada.

h) Os embargos declaratórios visam também a atender o requisito do prequestionamento, viabilizando o processamento dos recursos especial e extraordinário.

Tais conclusões, originadas deste estudo, elaborado a partir de posições divergentes, não pretendem ser respostas absolutas às polêmicas, mas um caminho proposto para novas reflexões sobre o tema.

13. BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. v. 5.
- BAPTISTA, Sonia Maria Hase de Almeida. Dos embargos de declaração, recursos no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 4.
- DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário jurídico. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros. 1996.
- GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Saraiva. v. 2.
- MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. A reforma do processo civil interpretada. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MIRANDA, Vicente. Embargos de declaração no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1990.
- NERY JUNIOR, Nelson e ANDRADE NERY, Rosa Maria. Código de Processo Civil comentado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- NOGUEIRA, Antonio de Pádua Ferraz. Princípios fundamentais dos embargos de declaração e suas implicações quando protelatórios. Revista dos Tribunais, n. 711, p. 7.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 15. ed. São Paulo: Saraiva. v. 3.
- STUCCHI, Gisele Beltrame. Reflexões sobre os embargos de declaração. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 40, p. 315-149, dez. 1993.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. Recursos: direitos processual civil ao vivo. São Paulo: Aide, 1992. v. 2.
- THEOTONIO Negrão. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.