

Direção do Departamento de Direito

Adriano Pillati

Conselho Editorial

Alejandro Bugallo Alvarez

Ana Lúcia de Lyra Tavares

Antonio Carlos de Souza Cavalcanti Maia

Joaquim de Arruda Falcão

José Eduardo Campos de Oliveira Faria

José Ribas Vieira

Luis Alberto Warat

Maria Celina Bodin de Moraes

Tânia da Silva Pereira

Coordenação de Publicações

Gisele Cittadino

Rachel Herdy

Os artigos a serem submetidos ao Conselho Editorial deverão ser enviados para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marquês de São Vicente, 225, Ala Frings - 6º andar - Gávea - Rio de Janeiro - RJ - 22453-900 ou para o endereço eletrônico web@jur.puc-rio.br

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

nº 24 janeiro-junho, 2004.

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica – Departamento de Direito.

1. Direito-Periódicos. I- PUC-Rio

SUMÁRIO

1. Artigos

A recepção do princípio da moralidade administrativa no direito brasileiro	6
<hr/>	
<i>Alexandre Delduque Cordeiro</i>	

A recepção do <i>amicus curiae</i> na jurisdição constitucional brasileira	15
<hr/>	
<i>Bianca Stamato Fernandes</i>	

A supremacia judicial em debate: ativismo, fabricação de decisões e democracia	32
<hr/>	
<i>Denis de Castro Halis</i>	

A Lei Habilitante na Constituição da Venezuela de 1999	67
<hr/>	
<i>Fabio Carvalho Leite</i>	

A normatividade dos princípios nos sistemas do <i>common law</i> e romano-germânico	85
<hr/>	
<i>Paulo Murilo Calazans</i>	

2. Resenha

HARDIN, Russel. <i>Liberalism, constitutionalism and democracy.</i>	102
<hr/>	
<i>Pedro Hermílio Villas Boas Castelo Branco</i>	

3. Prêmio Puc-Rio de Monografia em Direitos Humanos

Uma introdução ao debate acerca da fundamentação dos direitos humanos: liberalismo <i>versus</i> comunitarismo	112
<hr/>	
<i>Teresa Cristina Tschepokaitis Olsen</i>	

4. Notícias e Informações

138

Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2004 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

5. Resumos/*Abstracts*

148

Artigos

A recepção do princípio da moralidade administrativa no direito brasileiro

Alexandre Delduque Cordeiro*

1. Introdução

No crepúsculo do século XIX, as decisões do Conselho de Estado francês, órgão maior do contencioso administrativo daquele país, proporcionaram à doutrina inúmeros exemplos para o estudo da teoria das nulidades do ato administrativo, com ênfase sempre voltada para a violação do princípio da legalidade.

Maurice Hauriou, um eminente publicista de então, elabora uma tese inovadora, sugerindo que algumas decisões daquela corte anulavam certos atos da administração não por contrariedade à lei, mas por ofensa a regras de boa gestão pública.

Esse foi o ponto de partida para a concepção do que hoje conhecemos por moralidade administrativa. Sua obra foi combatida por conterrâneos de igual quilate, como Marcel Waline, e ainda hoje esse conceito é tido por alguns administrativistas como vago e impreciso. Todavia, malgrado as críticas sofridas, fato é que a moralidade tratada por Hauriou extrapolou as fronteiras da doutrina francesa e foi encontrar acolhida no direito brasileiro que lhe deu novos contornos e, na Constituição de 1988, foi erigida a princípio norteador da Administração Pública, conferindo-lhe um status não imaginado por seu idealizador.

* Alexandre Delduque Cordeiro é professor da Universidade Cândido Mendes – Instituto Centro; Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo Departamento de Direito da PUC-Rio; e Procurador da Fazenda Nacional.

Eis aí a proposta do presente trabalho: abordar a recepção do princípio da moralidade administrativa pelo ordenamento jurídico brasileiro, a partir da elaboração do conceito no direito francês, perquirindo-se os motivos que a ensejaram, bem como os agentes responsáveis pela recepção, até os efeitos dela decorrentes para a ordem jurídica de nosso país.

Por fim, nos permitiremos apontar as perspectivas abertas por esse transplante para as práticas administrativas brasileiras, que na alvorada do século XXI, ainda reclamam por uma salutar mudança de comportamento ético por parte de seus dirigentes públicos.

2. Fonte doutrinária do princípio da moralidade administrativa

A concepção de moralidade administrativa, como noticiada no intróito do nosso estudo, é atribuída a Maurice Hauriou¹, que viveu entre os séculos XIX e XX. A primeira referência de Hauriou à moralidade se deu por volta de 1907, “quando ele desenvolveu seu conceito institucional de poder público, dando-lhe, talvez pioneiramente, no Direito Público, um sentido valorativo, vinculado aos fins da administração pública”, como aponta Moreira Neto².

Entretanto, o conceito definitivo somente veio alguns anos mais tarde, na 10ª edição da sua obra *Précis de Droit Administratif*, onde a moralidade administrativa é definida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”³

O conceito de moralidade administrativa, assim, diferentemente da estrita legalidade, levaria a um controle dos atos administrativos, “exercido em nome da moral pública, mais do que em nome do direito, e que por conseqüência, vá mais longe do que o direito, mais longe que a legalidade”⁴. Esse entendimento era extremamente avançado para aquela

¹ Conforme MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 56; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 69; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 83.

² MOREIRA NETO. *op. cit.*, p. 56.

³ BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. In: *Revista de Direito Administrativo* n.º 25, p. 457 apud MOREIRA NETO. *op. cit.*, p. 52.

⁴ MOREIRA NETO. *op. cit.*, p. 57.

época, especialmente influenciada pela reverência ao positivismo, ainda mais se atentarmos para o fato de que no ramo do direito público sempre houve forte separação entre os contornos da moral e do direito⁵.

Não obstante o mérito de Hauriou de trazer para o direito público um debate até então circunscrito à órbita privatista, a moralidade administrativa sempre esteve ligada à idéia de desvio de poder, o que significa dizer que a moralidade ou a imoralidade do ato residiria sempre na intenção do agente.

Por essa razão, a tese de Hauriou foi fortemente contestada por diversos administrativistas, como Waline⁶, para quem o vício de desvio de poder (*détournement de pouvoir*) ofendia o espírito da lei, e a violação ao *esprit d'une loi* caracterizaria, evidentemente, a violação da própria lei. Em outras palavras, a violação à moralidade não passaria de agressão à legalidade.

Ainda hoje no Brasil – observa Di Pietro⁷ - muitos autores sustentam que moralidade não passa de uma mera hipótese de nulidade do ato administrativo⁸, que ocorre sempre que o elemento finalidade⁹ - relacionado ao desvio de poder - for de alguma forma maculado. Como a finalidade é um dos elementos ou requisitos do ato administrativo, em última instância, o vício de moralidade é sempre um vício de legalidade.

Contudo, em que pese o fato de tecnicamente esse entendimento não estar equivocado, certo é que a moralidade representa um algo a mais em relação à legalidade, sendo notório que esse plus, ligado à boa-fé na gestão da coisa pública, levou o constituinte brasileiro de 1988 a destacar uma da outra, fazendo-o de forma expressa, consoante a redação do caput do artigo 37¹⁰ constitucional.

⁵ Antônio José Brandão sublinha que foi no direito civil que a moral primeiro se infiltrou no direito, o que se verifica através do conceito de boa-fé contratual e da doutrina do abuso de direito. E Di Pietro (*op. cit.*, p. 69) reforça a observação do referido autor, lembrando o brocardo atribuído ao jurisconsulto Paulo segundo o qual *non omne quod licet honestum est*.

⁶ WALINE, Marcel. *Précis de Droit Administratif*. Paris: Editions Montchrestien, 1969, p. 332.

⁷ DI PIETRO. *op. cit.*, p. 70.

⁸ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 7.

⁹ Segundo corrente dominante da doutrina publicista pátria, cinco são os requisitos ou elementos necessários à formação do ato administrativo, a saber, competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

¹⁰ Artigo 37, caput, da constituição de 1988: *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e, também, ao seguinte: (...).*

3. Motivos da recepção: o quadro sociopolítico brasileiro

Num país de triste histórico quando o assunto diz respeito à corrupção e à falta de lisura na administração pública, não é difícil apontar as razões que levaram à adoção do conceito de moralidade administrativa em nosso ordenamento jurídico. Por isso mesmo, poderíamos afirmar que o tema foi, é, e será sempre de inegável atualidade. Apenas a título de ilustração, no corrente ano os três poderes da República envolveram-se em relevantes episódios ligados à (i)moralidade administrativa, de grande repercussão nacional¹¹, ressuscitando o debate da legitimidade, essencial à realização do Estado Democrático e, ainda, suscitando a introdução da licitude, como valor autônomo, “capaz de levar à realização de um Estado de Justiça no próximo milênio”¹².

Oliveira Viana¹³, escrevendo poucos anos após o centenário da Independência, elabora uma radiografia da vida pública brasileira de então, que muito bem ilustra o triste histórico nacional a que nos referimos. Segundo o autor, já nos primórdios da República o país encontrava-se mergulhado numa profunda crise ética na gestão da coisa pública. E a raiz do problema estaria no fato de que a procura pelos cargos públicos (políticos ou técnicos), não era motivada por um ideal altruísta, mas porque a elite latifundiária do início do século XX - abalada com o tardio decreto de abolição da escravatura - passou a encontrar no Estado um substituto para a antiga base econômica destruída. Assim, “os cargos públicos – administrativos ou políticos – passaram a ser disputados, não como meio mais eficiente para realizar o “ideal”, o “sonho”; mas, pura e materialmente, como meio de vida.”

A par disso, Oliveira Viana ainda sustentava a “não existência do sentimento do interesse coletivo”, do cidadão brasileiro como uma das causas para os desmandos da administração pública. E, arremata o autor,

¹¹ Referimo-nos aos casos “Sudam” e “Sudene”, que, inclusive ensejaram a extinção desses órgãos e a criação da Corregedoria-Geral da União para apuração de irregularidades na esfera do Executivo; da violação do painel de votação eletrônica do Senado Federal, que culminou na histórica renúncia de seu ex-presidente; e a alteração do regimento interno do STF com o intuito de impedir a demissão de servidores comissionados pelo atual presidente daquela Corte.

¹² MOREIRA NETO. *op. cit.*, p. 50.

¹³ VIANA, Oliveira. *O Idealismo da Constituição*. Rio de Janeiro: Edição Terra do Sol, 1927, pp.30-35.

a “ausência de sentimentos dos interesses gerais é que explica o insucesso de todas aquelas instituições sociais, em que não há em jogo o interesse pessoal dos cooperadores”.

Talvez não concordemos em grau com as ácidas observações de Oliveira Viana. Contudo, não podemos ignorar que alguma razão lhe assiste, ainda que para concluir que esse retrato do passado já não mais se verifica no presente de forma tão acentuada. E a prova cabal dessa mudança está no notório clamor de toda sociedade organizada pela defesa da ética na política e na condução da administração¹⁴.

Dessa forma, concluímos que razões sociopolíticas ensejaram a recepção do conceito de moralidade administrativa no Brasil, o que foi admitido nos debates da Assembléia Nacional Constituinte, quando da elevação desse conceito à condição de princípio constitucional, como anteriormente mencionado.

4. O papel dos doutrinadores: a introdução do conceito na Lei de Ação Popular

A introdução do conceito de moralidade no Brasil foi obra de Hely Lopes Meirelles, que participou da comissão encarregada da elaboração do anteprojeto da lei de ação popular, no início da década de 60.

Já na Constituição de 1934 havia expressa previsão para a edição de uma lei que disciplinasse os requisitos e o procedimento para uma medida judicial que permitisse ao cidadão requerer em juízo a decretação da nulidade dos atos administrativos (incluídos os bilaterais, como os contratos administrativos), sempre que referidos atos fossem lesivos ao patrimônio público, além de eivados de nulidade.

Todavia, somente 29/06/65, sob a égide da carta de 1946, entra em vigor a Lei n.º 4.717, de autoria de Bilac Pinto e do próprio Hely, que, de maneira sutil, veio a inserir a moralidade administrativa no direito brasileiro, nos exatos moldes em que fora idealizada por Hauriou.

¹⁴ Não por coincidência no ano de 2001 foram aprovados o Código de Ética da Câmara dos Deputados e o projeto de emenda à constituição que aboliu a imunidade processual dos parlamentares. Também em 2001 nada menos do que três senadores da República, Antônio Carlos Magalhães, José Arruda e Jader Barbalho (o primeiro e o último na qualidade de presidentes da referida Casa Legislativa) tiveram seus mandatos cassados por decisão do Conselho de Ética do Senado, por violação a princípios deontológicos fundamentais, fato inédito em nosso país.

Com efeito, ao dispor o artigo 2º, parágrafo único, da referida lei sobre as hipóteses de ilegalidade do ato administrativo, a alínea “e” consagrou a tese segundo a qual o desvio de poder constituiria uma das causas de nulidade do ato. Cuidou-se, portanto, de um trabalho doutrinário, ainda que materializado numa produção legislativa.

5. Efeitos da recepção: a moralidade alçada a princípio constitucional

A elevação do status de mera hipótese de nulidade dos atos administrativos para a constelação de princípios constitucionais orientadores de toda administração pública, ocorrida na Lei Magna de 1988, tem produzido uma série de efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

Essa expressa autonomia do princípio da moralidade em relação ao da legalidade¹⁵ evidencia uma aclimação positiva do objeto da recepção que coloca o instituto no quadro receptor em posição mais privilegiada do que na origem.

As causas que motivaram essa constitucionalização do princípio da moralidade mais uma vez têm raízes naquele triste histórico sociopolítico a que nos referimos anteriormente. Não bastou a importação do instituto, na sua fórmula original. Foi necessário promovê-lo à atual condição para que não pairassem dúvidas sobre a necessidade de encontrar-se um caminho compatível com a decência nas práticas da administração. Assim, reportamo-nos novamente ao calor dos debates da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, para nela encontrarmos os inflamados discursos pugnano pela defesa da moralização da gestão da res pública.

E essa “constitucionalização de ideais e esperanças”, também possui antecedentes históricos. Escrevendo sobre os bastidores da Constituinte de 1891, Oliveira Viana¹⁶ observou um traço que se tornou marca da sociedade brasileira, que poder-se-ia denominar de reverência à lei, ou apego ao legalismo, isto é “a crença no poder das fórmulas escritas”. Ainda segundo o autor¹⁷, a primeira constituição federal republicana não era “senão uma obra doutrinariamente bela, mas fatalmente votada

¹⁵ Entre os autores brasileiros, DI PIETRO. *op. cit.*, p. 70, é quem melhor acentua a expressa autonomia do princípio da moralidade administrativa em relação ao da legalidade.

¹⁶ VIANA, Oliveira. *op. cit.*, p. 24.

¹⁷ Idem, p. 27.

ao fracasso imediato. (...) pode-se dizer que ela, como as crianças mal nascidas, morreu do mal de sete dias”.

Ana Lucia de Lyra Tavares¹⁸, radiografando a Constituição de 1988, quase um século depois, ainda identifica esse traço apontado por Oliveira Viana. Segundo a eminente comparatista, a causa para essa mesma reverência ao legalismo e à adesão aos mais modernos enunciados do direito constitucional está na formação bacharelística das classes dirigentes brasileiras. E, ainda que essa tendência tenha dado vez a uma postura mais técnica e pragmática, o Texto Constitucional de 1988 “denota, igualmente, uma crença profunda no poder transformador de uma Constituição que, beneficiária do apoio das forças representativas da sociedade, torne-se instrumento para a superação dos graves problemas econômicos e sociais com que se defronta o País”.

Em síntese, a elevação do conceito de moralidade à categoria dos princípios que norteiam a administração pública, em matriz constitucional, exemplifica essa nossa crença no poder de reforma da Constituição.

Como corolário lógico do tratamento constitucional dado a este princípio, temos a sua projeção de todo ethos da moralidade, ou seja, o dever da boa administração, sobre as demais espécies normativas infraconstitucionais. Além disso, aponta Moreira Neto¹⁹ existem “58 normas constitucionais, entre princípios e preceitos, dirigidas ao Estado, à sociedade ou a ambos, que tratam da licitude, ora enunciando seu referencial de valor (substantivo), ora definindo os instrumentos que devam garanti-la” (grifado no original). A atenta observação de Moreira Neto nos esclarece que a constitucionalização da moralidade entre os princípios dirigidos para a administração pública não foi uma iniciativa isolada do constituinte de 1988, mas veio no bojo de toda uma “contaminação” positiva de valores éticos voltada para o bem geral.

Entre as normas constitucionais que sofreram essa contaminação positiva está, curiosamente, o preceito que trata da lei de ação popular, o inciso LXXIII do artigo 5º constitucional. Mais uma vez, esse poderoso

¹⁸ LYRA TAVARES, Ana Lucia de. A Constituição brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. In: *Separata da Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n.º 109, jan./mar. de 1991, p. 74.

¹⁹ MOREIRA NETO. *op. cit.*, p.83.

instrumento processual, colocado à disposição de qualquer cidadão para, junto ao Poder Judiciário, buscar a decretação de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, doravante pode ser manejado, também, para a defesa da moralidade administrativa.

Se de um lado a Constituição, em seu art. 37, caput, erigiu a moralidade como princípio norteador da ação administrativa, por outro, não descuidou de garantir o efetivo controle desse mesmo valor, colocando à disposição dos administrados a ação popular, com todos os seus mecanismos e peculiaridades de proteção²⁰.

6. À guisa de conclusão

A marca característica do final do século XX está identificada nos termos “democracia” e “globalização”²¹. O primeiro é entendido como forma de organização do poder estatal dos Estados nacionais, um regime político fundado no princípio da soberania do povo. Já “globalização”, apesar dos diversos sentidos que se lhe possa dar, é identificada como uma economia capitalista de alcance definitivamente mundial, possibilitada pelo avanço de novas tecnologias de informação e comunicação.

Concordemos ou não com os rumos da globalização, trata-se de um fenômeno que aqui e ali, em todas as áreas do conhecimento humano, encontra formas distintas de manifestação.

A circulação de modelos jurídicos, ou recepção de direitos, adquire maior relevo neste contexto, devendo ser efetivada de modo a não

²⁰ Em verdade, mesmo antes da alteração dos objetivos da ação popular promovida pela atual Lei Maior, vários publicistas de escol já salientavam a possibilidade de o cidadão lançar mão desse instrumento processual para a proteção e controle da moralidade administrativa. Hely Lopes Meirelles (Ação popular e sua lei regulamentar e sua natureza jurídica. In: *Revista de Direito Administrativo* n.º 84. Rio de Janeiro: FGV, 1966), em ensaio publicado logo após a entrada em vigor da Lei n.º 4.717/65, pugnava pela interpretação ampla da expressão “patrimônio público”, de que tratava o art. 1º, caput, e §1º da lei²⁰, que deveria compreender não só o patrimônio material (bens públicos corpóreos), como também o patrimônio moral, estético, espiritual e histórico. Hely louvava-se em Rafael de Bielsa, para quem a ação popular protegia interesse. E esse interesse compreendia os de ordem patrimonial, moral e cívica. E concluía que “o móvel, pois, da ação popular, não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa”.

²¹ GÓMEZ, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2000, p. 15.

descharacterizar os sistemas jurídicos que dela participam. Dessa maneira, inúmeros benefícios aos sistemas receptores podem ser auferidos. É o caso, como visto, da aclimatação da moralidade administrativa em nosso país, que de mera hipótese de ilegalidade do ato administrativo é alçada a princípio geral de direito administrativo, de matriz constitucional.

É certo que apenas a constitucionalização desse princípio não será suficiente para mudar o panorama sociopolítico brasileiro, cujo passado nos foi descrito de forma tão pessimista por Oliveira Viana.

De outro lado, também é certo que a autonomia do princípio da moralidade administrativa em relação ao da legalidade, concedida pelo constituinte de 1988, já é um primeiro e grande passo para uma mudança paradigmática de nossas práticas administrativas públicas.

Talvez um ponto de inflexão na parábola de nossa história pública, que sai do crepúsculo para conhecer a alvorada.

7. Bibliografia

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1996.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GÓMEZ, José Maria. *Política e democracia em tempos de globalização*. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Ação popular e sua lei regulamentar e sua natureza jurídica. In: *Revista de Direito Administrativo* n.º 84. Rio de Janeiro: FGV, 1966.
- _____. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TAVARES, Ana Lucia de Lyra. A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. In: *Separata da Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n.º 109, jan./mar. de 1991. Brasília: Senado Federal, 1991.
- VIANA, Oliveira. *O idealismo da constituição*. Rio de Janeiro: Terra de Sol, 1927.
- WALINE, Marcel. *Précis de Droit Administratif*. Paris: Editions Montchrestien, 1969.

A recepção do *amicus curiae* na jurisdição constitucional Brasileira

Bianca Stamato Fernandes*

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão.

Peter Häberle¹

Introdução

O presente trabalho visa estudar a recepção² do instituto conhecido como *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira³. Trata-se de

* Bianca Stamato Fernandes é Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo Departamento de Direito da PUC-Rio e Juíza Federal.

¹ HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional e a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, pág. 37.

² Segundo a lição da professora Ana Lucia de Lyra Tavares: *O fenômeno que a expressão “recepção de direitos” evoca é a introdução, em um determinado sistema jurídico, de regras noções ou institutos pertencentes a um outro sistema. Entretanto, o emprego do termo “recepção para indicar esse fenômeno, na totalidade e na diversidade de suas manifestações não é de aceitação tranqüila*. In: O estudo das recepções de direito. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Haroldo Valladão*. Livraria Freitas Bastos, 1983, pp. 45/66.

³ É relevante notar que a expressão jurisdição constitucional aqui é utilizada para designar o controle de constitucionalidade de leis (ou atos normativos) pelo Judiciário, ou melhor, o poder de veto de leis (ou atos normativos) pelo Judiciário, adotando-se a noção equivalente ao instituto do “judicial review” norte-americano. Faz-se mister este corte teórico, pois é importante deixar claro que a questão da legitimidade da jurisdição constitucional é pertinente apenas no que diz respeito ao poder conferido ao Judiciário de afastar ou suspender a eficácia de leis emanadas por órgãos dotados de representatividade democrática. A dificuldade contramajoritária não incide quando o Judiciário atua como intérprete da constituição,

recepção parcial, no direito constitucional, mais especificamente, no sistema de controle judicial de constitucionalidade. Configura recepção voluntária, como se dá em regra quando se trata de recepção parcial⁴.

Em breves palavras, o *amicus curiae* é um terceiro, interessado na questão constitucional, que ingressa na ação com o único escopo de auxiliar o Juízo e decidir, trazendo novos argumentos não levantados pelas partes.

O interesse pelo tema justifica-se porque tal inovação pressupõe um debate subjacente acerca da legitimidade do “judicial review”⁵, debate

conferindo efetividade às normas constitucionais ou quando dirime questões relativas a competências definidas diretamente pela Constituição, mas tão somente quando atua como legislador negativo, afastando em cunho definitivo, a norma emanada do Legislativo (no nosso caso também ato normativo emanado do Executivo). Por outro lado, mister salientar que não se desconhece a controvérsia acerca da conceituação da expressão “jurisdição constitucional”. Mauro Cappelletti, por exemplo, já no primeiro capítulo de sua obra, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1984, afirma que o controle jurisdicional da constitucionalidade não se confunde com a noção de jurisdição constitucional ou justiça constitucional. Na verdade, o controle judicial da constitucionalidade das leis (aqui em sentido lato) seria apenas um aspecto da jurisdição constitucional, cujo escopo muito mais amplo, diria respeito a todos os procedimentos destinados à *função da tutela e atuação judicial dos preceitos da suprema lei constitucional* (pág. 25). André Ramos Tavares, no seu livro, *Tribunal e jurisdição constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, faz questão de ressaltar o problema terminológico da expressão jurisdição constitucional, indicado que *numa definição mais restritiva, pode-se entender a jurisdição constitucional como atividade jurisdicional cometida a um órgão específico dentro da estrutura estatal, cuja finalidade última é a de verificar a congruência das normas hierarquicamente inferiores à Constituição com os preceitos desta, tanto no que diz respeito ao aspecto formal quanto material, declarando a invalidez da norma e, conseqüentemente, sua inaplicabilidade, a um caso concreto ou em caráter genérico, quando haja discordância dessa norma inferior com o Texto da Lei Maior*, mas, ao final, adverte que *neste sentido mais amplo e próprio, pode-se dizer que jurisdição constitucional traduz-se em toda e qualquer aplicação das normas constitucionais na solução dos litígios judiciais*. Nos dizeres do mestre Frederico Marques, *há lide ou litígio constitucional, quando a pretensão insatisfeita que se consubstancia no pedido formulado na ação, tem por objeto matéria constitucional* (pp. 104/107).

⁴ Para um estudo detalhado das características das chamadas “recepções de direitos” ver a lição da professora Ana Lucia de Lyra Tavares em seu artigo *O estudo das recepções de direito*. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Haroldo Valladão*. Livraria Freitas Bastos, 1983, pp. 45/66.

⁵ O “judicial review” é uma técnica típica do direito constitucional norte-americano, destinada a garantir a Supremacia da Constituição, traduzindo-se em controle de constitucionalidade das leis pelos órgãos do Judiciário na análise do caso concreto. Para um aprofundamento na noção ver CARRIÓ, Genaro R. Una defensa condicionada de la judicial review (sobre el método de control de constitucionalidade vigente en la Argentina). In: *Cuadernos Y Debates*, 29. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 140/169.

este que surgiu por ocasião da campanha pela ratificação da Constituição norte-americana pelo estado de Nova York⁶, permanecendo em cena no debate constitucional norte-americano até os dias atuais⁷.

Não obstante o fato de o constitucionalismo brasileiro ter importado o “judicial review” norte-americano com o advento da República⁸, pelas

⁶ Pode-se dizer que esta controvérsia teve início com o embate entre federalistas e anti-federalistas. Sobre o assunto ver: *La revision judicial y la difícil relacion democracia-derechos. In: Cuadernos e Debates*, 29, Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁷ É de se registrar que a tensão entre jurisdição constitucional e democracia também é objeto do debate constitucional europeu. Ela não passou despercebida de Hans Kelsen, que pretendeu sustentar a compatibilidade do controle judicial da constitucionalidade e a democracia com as seguintes considerações: *contra as muitas censuras que se fazem ao sistema democrático – muitas delas corretas e adequadas – não há melhor defesa senão a da instituição de garantias que assegurem a plena legitimidade do exercício das funções do Estado. Na medida em que amplia o processo de democratização, deve-se desenvolver também o sistema de controle. É dessa perspectiva que se deve avaliar aqui a jurisdição constitucional. Se a jurisdição constitucional assegura um processo escoreito de elaboração legislativa, inclusive no que se refere ao conteúdo da lei, então ela desempenha uma importante função na proteção da minoria contra os avanços da maioria, cuja predominância somente há de ser aceita e tolerada se exercida dentro do quadro de legalidade*, apud MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial*. Na Alemanha o filósofo Jürgen Habermas, identificando o problema da legitimidade do controle judicial de constitucionalidade por meio do diálogo entre liberais e republicanos norte-americanos, apresenta uma justificação para a jurisdição constitucional que se situa a meio caminho entre os dois modelos antes mencionados, fato este que demonstra a relevância do tema para além da arena norte-americana. Como já indica a própria epígrafe do presente trabalho, Peter Häberle também toca na questão da legitimidade da jurisdição constitucional ao defender uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, em seu livro *Hermenêutica constitucional a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. A questão ecoa ainda na Espanha (ver por exemplo, Eduardo García de Enterría, em seu livro *La constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1994; e Víctor Ferreres Comella, em sua obra *Justicia constitucional e democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997), e em Portugal (ver Brito, J. Souza e outros. *Tribunal Constitucional – Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10 aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995). Por fim, é de se ver que o debate constitucional na Argentina também debruça-se sobre o tema; para se ter um panorama Roberto Gargarella, em seu livro *La justicia frente al gobierno – sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.

⁸ É interessante destacar que de acordo com o conhecido Decreto nº 848 de 1890, que organizou a primeira justiça federal, a jurisdição constitucional brasileira teria como uma das fontes a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Confira-se o que dispunha o art. 387 do referido Decreto: *os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos E. U. A., os casos de common law e equity, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal*.

mãos de Rui Barbosa, profundo conhecedor da doutrina e jurisprudência norte-americanas⁹, o problema do caráter contramajoritário não mereceu maior destaque em solo brasileiro¹⁰.

Entretanto, a definição dos contornos do *amicus curiae* em nossa jurisdição constitucional exige uma inserção no debate acima indicado a fim de que possamos estabelecer um vínculo entre as decisões do Judiciário e a sociedade aberta de intérpretes da constituição, diluindo, então, a tensão entre os direitos humanos e democracia.

A correta compreensão do instituto em questão poderá ensejar uma nova era na jurisdição constitucional, equilibrando a idéia de governo limitado à idéia de participação de todos os possíveis afetados pelas decisões, idéia inserida nas democracias constitucionais, o que certamente conferirá a maior legitimidade à tarefa de guarda da Constituição desempenhada pelos órgãos do Judiciário.

Por fim, não é de se olvidar que o instituto do *amicus curiae* não era totalmente estranho ao nosso ordenamento jurídico, posto que há uma previsão, na Lei que cria a Comissão de Valores Mobiliários - CVM¹¹.

⁹ Ainda que seja corrente o notável saber jurídico de Rui Barbosa, é ilustrativa a seguinte passagem, da lavra de Aliomar Baleeiro, quando menciona a transformação do nosso mais alto Tribunal em Corte cuja função precípua é a sentinela da Constituição, em *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968: *o mestre-escola e herói dessa transformação da mentalidade jurídica de nosso país foi, sem dúvida, Rui Barbosa, não só pelo conhecimento de direito norte-americano, que outros cedo adquiriram, mas pelo enorme poder de persuasão aliado ao sentido do estadista com qualidades excepcionais de advogado. Em diversos tópicos autobiográficos de sua imensa obra – maior do que a de qualquer outro em língua portuguesa – gaba-se do magistério constitucional exercido sobre a primeira geração republicana e que até ministros do Supremo Tribunal Federal lhe reconhecem.*

¹⁰ Não é de se desconhecer que constitucionalistas de prol já abordaram o assunto como Lúcio Bittencourt e, mais recentemente, Gustavo Binenbojm e Cláudio Pereira de Souza Neto. Mas, de modo geral, pressupõe-se sem maiores questionamentos a legitimidade do controle judicial de constitucionalidade das leis. Talvez, em um primeiro momento, isso se deveu ao fato de que tal forma de controle sempre esteve expressamente reconhecida em nossas Constituições Republicanas, devendo-se lembrar que desde antes do advento da Constituição Republicana de 1891, já com a Constituição Provisória da República, Decreto n 510, de 22 de junho de 1890, apontava-se no sentido de um controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, com a previsão de um Supremo Tribunal Federal como órgão integrante do Poder Judiciário, que de acordo com a exposição de motivos do Decreto n 848 não se limitaria a aplicar à lei, cabendo-lhe *o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme, ou contrária à lei orgânica.*

¹¹ Lei n° 6385/76, com redação dada pela Lei n° 6616/78, art. 31, que dispõe o seguinte: *nos processos judiciais que tenham por objetivo matéria incluída na competência da Comissão de*

Entretanto, se demonstrará que há uma diferença substancial entre os dois institutos, razão pela qual faz-se imprescindível, destacar, ainda no título do presente trabalho, que aqui pretende-se estudar a recepção do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira.

Com efeito, conforme já adiantado, desde o advento da Lei n 6385/76, há previsão para que a Comissão de Valores Mobiliários atue como *amicus curiae* nos processos que envolvam matéria de sua alçada. Sua participação é assemelhada a de um “expert” do Juízo, que fornecerá esclarecimentos de natureza técnica sobre a questão, isto fica claro da própria leitura da norma legal¹², porquanto ela reza que a CVM após intimada poderá oferecer “parecer” ou “prestar esclarecimentos”. Certamente não é essa a finalidade da participação do *amicus curiae* na jurisdição constitucional, até porque a possibilidade de participação de “experts” está prevista na mesma Lei n 9868/99, só que em um dispositivo legal diverso¹³. O escopo do *amicus curiae* é fornecer ao Juízo com novos argumentos ou pontos de vista acerca de valores e princípios constitucionais, traduzindo-se em meio instrumento de intermediação entre o debate público e a Corte¹⁴.

Valores Mobiliários, será sempre intimada, para, querendo, oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, no prazo de quinze dias a contar da intimação. §1º A intimação far-se-á, logo após a contestação, por mandado ou por carta com aviso de recebimento, conforme a Comissão tenha, ou não, sede ou representação na comarca em que tenha sido proposta a ação. §2º Se a Comissão oferecer parecer ou prestar esclarecimentos, será intimada de todos os atos processuais subsequentes, pelo jornal oficial que publica expedientes forenses ou por carta com aviso de recebimento, nos termos do parágrafo anterior. § 3º A comissão é atribuída legitimidade para interpor recursos, quando as partes não o fizerem.

¹² Art. 31, § 2º, da Lei nº 6385/76.

¹³ Art. 9º, § 1º, da Lei nº 9868/99.

¹⁴ Esse ponto foi realçado por Gustavo Binenbojm em Palestra proferida no Seminário “O Supremo Tribunal Federal na História Republicana”, realizado em novembro de 2001.

¹⁵ Peter Häberle em sua obra anteriormente citada, traduzida para o português por Gilmar Ferreira Mendes, indica como instrumentos de informação dos juízes constitucionais o instrumento de informação previsto no 82, IV, da Lei Orgânica do Bundesverfassungsgericht (BverfGG), assim como a prática da Corte Constitucional de assegurar a órgãos e instituições o “direito de manifestação”, as mais das vezes nos “grandes processos” (pág. 47, nota 85). Confirma-se o referido artigo: (1) *Se aplicarán mutatis mutandis las disposiciones de los §§ 77 a79.* (2) *Los órganos constitucionales mencionados en el § 77 podrán adherirse como coadyuvantes en cualquier fase del proceso.* (3) *La Corte Constitucional Federal también dará audiencia a los interesados en el procedimiento seguido ante el tribunal que haya presentado la petición; los citará a la vista oral y concederá la palabra a los representantes personados.* (4) *La Corte Constitucional Federal podrá*

Deve ser destacado, ainda, que há registro da previsão da participação de terceiros como *amicus curiae* perante Cortes, tais como a Corte Constitucional alemã¹⁵.

II. Quadro receptor

Diante do tema que ora procura-se abordar é descabida uma abordagem sobre a evolução histórica da jurisdição constitucional no Brasil. Para os fins do presente trabalho devemos nos ater apenas ao sistema de controle judicial de constitucionalidade estabelecido a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Como é assente, trata-se de sistema misto de controle de constitucionalidade¹⁶, no qual convivem o método difuso, onde a questão da constitucionalidade é apreciada incidentalmente no caso concreto, e o método concentrado, no qual a questão acerca da inconstitucionalidade ou constitucionalidade da norma é apreciada abstratamente, razão pela qual no primeiro a declaração de inconstitucionalidade só produz efeitos entre as partes, enquanto no segundo os efeitos são *erga omnes*.

É importante frisar que no método difuso, por se tratar de controle no caso concreto, a discussão acerca da constitucionalidade estava limitada aos argumentos aduzidos pelas partes, eventualmente o MP, e terceiros intervenientes admitidos no processo conforme as normas processuais sobre intervenção de terceiros.

No método concentrado, a discussão cingia-se às alegações trazidas pelos legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade ou da ação declaratória de inconstitucionalidade e as trazidas pelo

recabar de los tribunales superiores de la Federación o los tribulanssuperiores de los Estados Federados que le comuniquen cómo y a partir de qué consideraciones han interpretado anteriormente la Ley Fundamental en la cuestión legal cuya vigencia se debate y qué cuestiones jurídicas conexas están pendientes de resolución. Asimismo podrá exhortalos a que expongan sus consideraciones sobre una cuestión jurídica relevante para la resolución. La Corte Constitucional Federal comunicará los dictámenes a los interesados.

¹⁶ Para maiores informações acerca dos efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade em nosso sistema, ver Carlos Roberto Siqueira Castro. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* – 21, pp. 7/39. Também deve ser salientado que em recente Seminário sobre o STF, Gilmar Ferreira Mendes sustentou a tese de que o sistema brasileiro de controle judicial de constitucionalidade atualmente tem maior ênfase no método concentrado, no que foi contestado por Gustavo Binebojm que ressaltou a importância do controle difuso nos dias atuais.

Advogado Geral da União, cujo papel é defender a presunção de constitucionalidade da lei. Com efeito, por se tratar de processo objetivo, porquanto inexitem partes em razão de não haver lide, isto é, pretensão resistida, a regra contida no Regimento Interno do STF impede a intervenção de terceiros¹⁷.

Como se vê, a jurisdição constitucional, mesmo que influenciada por um processo de redemocratização que brotou de nosso Documento Constitucional¹⁸, ainda carecia de abertura aos pontos de vista e à atuação dos diversos grupos que compõem a sociedade civil. De fato, a jurisdição constitucional era demasiado hermética, confinando a tarefa de desvendar as questões de moral pública e privada a uma “aristocracia temística”¹⁹, que não representa e talvez sequer conheça os valores e visões de vida digna de boa parte dos cidadãos brasileiros.

III. Veículos da recepção

A recepção do instituto do *amicus curiae* se deu na jurisdição constitucional brasileira, tanto no método concentrado, como no difuso, por meio de lei ordinária.

A Lei nº 9868/99 estabelece, nos arts. 7º, § 2º e 29, o seguinte²⁰:

¹⁷ Art. 169, parágrafo segundo do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹⁸ Deve ser ressaltada a ampliação do rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103 da CF), já que no regime constitucional anterior a iniciativa cabia tão somente ao Procurador-Geral da República. A esse respeito é interessante a observação de Gustavo Binenbojm: *A Constituição de 1988 estabeleceu um novo paradigma em matéria de jurisdição constitucional no Brasil. Pode-se afirmar que a desmonopolização do acesso direto ao Supremo Tribunal Federal, com a ampliação e democratização do elenco de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, gerou um salutar crescimento da jurisprudência da Corte sobre o tema do controle de constitucionalidade, o que indica uma maior preocupação da sociedade brasileira com o respeito aos princípios e direitos estabelecidos na Constituição.* (In: *Nova jurisdição constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001, pág. 225). Resumidamente deve-se ressaltar as críticas feitas à construção jurisprudencial do STF, que limitou a abertura democrática introduzida pelo Constituinte Originário no art. 103 da CF de 88, ao exigir a pertinência temática como requisito da ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Mesa Diretora da Assembléia Legislativa; governador de Estado; confederação sindical e entidade de classe de âmbito nacional.

¹⁹ Esta expressão é utilizada por Antoine Garapon em seu livro *O juiz e a democracia. O Guardião de Promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

²⁰ O art. 18, parágrafo segundo da Lei n 9868/99 também previa a participação do *amicus curiae* na ação declaratória de constitucionalidade, mas tal dispositivo foi vetado pelo Presidente da República.

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

§ 1º (VETADO)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou atividades.

[...]

Art. 29. O art. 482 do Código de Processo Civil fica acrescido dos seguintes parágrafos:

Art. 482 (...)

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observando os prazos e condições fixados no Regimento Interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir juntada de documentos.

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Por seu turno, a jurisprudência também é um veículo da recepção, uma vez que, diante da vaguidade da lei, cabe a ela fixar o procedimento de admissibilidade e participação do *amicus curiae*.

Em recentes decisões, o Supremo Tribunal Federal se pronunciou a respeito.

No Informativo 125 dessa Corte há notícia de decisão proferida nos autos da ADIN 2130-SC, pelo relator Min. Celso de Mello, em que se admitiu a participação da Associação dos Magistrados Catarinenses – AMC como *amicus curiae*, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, a saber, relevância da matéria em exame e a adequada representatividade da entidade postulante. Nesta decisão, o Min. Relator,

ressaltando o caráter minoritário de seu entendimento, manifestou-se pela ampliação da atuação do *amicus curiae* no sentido de ser-lhe permitida a sustentação oral. Restou consignado, ainda, que “a intervenção do *amicus curiae*”, para legitimar-se, deve apoiar-se em razões que tornem desejável e útil a sua atuação processual na causa, em ordem a proporcionar meios que viabilizem uma adequada solução do litígio.²¹

Já no Informativo 246 é noticiada decisão do Plenário do STF que, solucionando questão de ordem referente à decisão monocrática do Presidente da Corte, Min. Marco Aurélio - proferida em pedido de medida liminar em ADIN no período de férias - submetida a referendo, entendeu não ser possível a sustentação oral de terceiros admitidos no processo na qualidade de *amicus curiae*, cuja manifestação deve ser feita por escrito.²²

IV. Motivos da recepção

A motivação da presente recepção foi dotar a jurisdição constitucional de maior abertura ao pluralismo, de modo que os juízes sejam influenciados por pontos de vista emanados dos diversos grupos que compõem a sociedade, fazendo com que as suas decisões passem pelo teste do debate público.

Isto fica claro da Exposição de Motivos nº 189, de 7 de abril de 1997, da Lei 9868/99, que afirma que:

Trata-se de providência que confere caráter pluralista ao processo objetivo de controle de constitucionalidade, permitindo que o Tribunal decida com pleno conhecimento dos diversos aspectos envolvidos na questão.

²¹ O presente excerto demonstra que o próprio Ministro entende que o *amicus curiae* poderá dotar o exercício de controle de constitucionalidade pelo Judiciário de maior legitimidade: *tenho para mim, contudo, na linha das razões que venho de expor, que o Supremo Tribunal Federal, em assim agindo, não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o amicus curiae poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um processo – como o de controle da constitucionalidade – cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.*

²² Deve ser frisado que a decisão não foi unânime, posto que os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio e Nelson Jobim foram favoráveis à sustentação oral pelo *amicus curiae*.

Da mesma forma, afigura-se digna de realce a proposta formulada com o sentido de permitir que o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, admita a manifestação de outros órgãos e entidades (arts. 7º, § 2º e 18, § 2º). Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões.

V. Fontes da recepção

O instituto recepcionado é denominado *amicus curiae*, expressão latina utilizada pelos juristas norte-americanos para designar o “friend of the Court”, ou seja, um terceiro que irá auxiliar o Judiciário na revisão constitucional, trazendo questões ou pontos de vista não aventados pelas partes do caso²³. É oportuno ressaltar que ainda faz-se necessária uma pesquisa mais aprofundada, junto às fontes da doutrina e jurisprudência norte-americana, que logre identificar as origens do instituto no “judicial review” norte-americano, o que não possível até o presente trabalho.

No sistema norte-americano, a manifestação do *amicus curiae* é permitida perante os Tribunais locais e perante a Suprema Corte, destacando-se aí a sua participação nos casos que envolvem liberdades civis, tais como o famoso caso “Roe vs. Wade”, que versava sobre o direito ao aborto.

O *amicus curiae* deve ser um terceiro, isto é, alguém que não é parte na causa. O amicus não deve possuir interesse direto no deslinde da causa, mas trata-se de pessoa interessada na tese acerca da constitucionalidade ou na razão de decidir da ação.

É de se destacar que, muitas vezes, o *amicus curiae* é aliado a uma das partes, tais como entidades e organizações de direitos civis que prestam apoio a uma das partes na causa. Assim, muitos doutrinadores criticam o *amicus curiae* porquanto ele jamais é desinteressado, tornando-se amigo de uma das partes muito antes de se tornar amigo do Juízo. Para Lawrence

²³ Para uma definição adequada do instituto, confira o verbete *amicus curiae* em The Oxford companion to the Supreme Court of the United States: *Amicus Curiae*, literally “a friend of the court”, is a designation given to an individual or an organization, other than a party’s counsel, who files a legal brief with the Court. Although such individuals or organizations have a political or ideological interest in the outcome of the case, the person(s) filing the brief cannot have a direct, personal stake in the dispute. In recent years, amicus briefs have been most effective in civil liberties cases, involving such issues as school desegregation, employment discrimination, and abortion.

Baum²⁴, o arrazoado do *amicus curiae* é um dos meios pelos quais um grupo de interesse pode influenciar a Suprema Corte, seja para aceitar casos ou para decidir aqueles que são aceitos. Na verdade, é uma forma de influenciar a elaboração de políticas pela Suprema Corte Americana.

Apesar de o *amicus curiae* possuir efetivamente um determinado interesse no deslinde da causa que versa sobre inconstitucionalidade de uma lei, sua importância não deve ser diminuída, porquanto ele traz ao juízo novos argumentos, pontos de vistas e até conseqüências não previstas pelas partes, que ajudarão à Corte a formar sua convicção. O *amicus curiae* também pode desempenhar um papel relevante antes mesmo de a ação ser admitida perante a Suprema Corte, ainda enquanto ela aprecia os requerimentos de “certiorari”, ou seja, requerimentos de admissão do “judicial review”. Neste caso, o *amicus curiae* tem o relevante papel de alertar a Corte sobre a importância do caso, o que torna mais provável a admissão da revisão judicial.

Geralmente as petições de *amicus curiae*, chamadas de “amicus briefs” são oferecidas por associações, organizações não-governamentais e entidades protetoras de direitos humanos, mas nada impede que sejam oferecidas por pessoas naturais²⁵.

Há requisitos de admissibilidade que devem ser observados pela pessoa interessada em atuar como *amicus curiae*²⁶. É relevante destacar que o terceiro interessado, se for ente privado, só ingressará no processo mediante o consentimento de ambas as partes ou, na sua falta, mediante autorização da própria Corte. Para tal, o requisito mais relevante é a prova de que o *amicus curiae* traz fato relevante para a questão que não foi introduzido no processo pelas partes²⁷.

²⁴ In: *A Suprema Corte americana. Uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Forense Universitária.

²⁵ Lawrence Baum em seu livro *A Suprema Corte americana. Uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*, Forense Universitária, traz na página 127 uma tabela com exemplos de grupos de interesses e outras partes que apresentaram arrazoados *amicus curiae* à Corte Suprema, ou aderiram a eles, em casos decididos no período de 1983.

²⁶ No âmbito da Suprema Corte ver Rule 37., Part VII, Practice and Procedure.

²⁷ Ver item 1 da Rule 37: *an amicus curiae brief that brings to the attention to the Court relevant matter not already brought to its attention by the parties may be of considerable help to the Court. An amicus curiae brief that does not serve this purpose burdens the Court, and its filing is not favored.*

Por fim, é de se ver que a receptividade da Suprema Corte com as petições de *amicus curiae* é oscilante, mas analisando dados como os do caso “Webster vs. Reproductive Health Services”, em que ingressaram mais de 60 *amicus curiae*, verifica-se que há uma tendência a aceitá-lo²⁸. Há casos em que comprovadamente a Corte deixou-se influenciar pelos argumentos apresentados pelo *amicus curiae*, mas não há estatísticas seguras sobre o grau de influência que o *amicus curiae* exerce sobre a Corte. Critica-se, ainda, a restrita participação do *amicus curiae*, já que ele não pode contraditar os argumentos oferecidos por outros interessados, por exemplo, e raramente tem a oportunidade de realizar sustentação oral²⁹.

A tese de Peter Häberle, que exorta a abertura da interpretação constitucional, também influencia a recepção do instituto em questão. As normas constitucionais, por atingirem a todos os cidadãos, diante de seu caráter fundante da sociedade e legitimador da atuação do Poder Público frente ao indivíduo, devem ser interpretadas por todos os atores constitucionais, isto é, todos os cidadãos. Assim, a legitimidade das decisões proferidas pelo Judiciário no exercício do controle de constitucionalidade devem se submeter a um procedimento dialógico, em que são levadas em consideração os argumentos emanados da esfera pública³⁰.

²⁸ Segundo Lawrence Baum: *se forem excluídos os casos “comerciais”, 53 por cento dos casos decididos pela Corte com julgamento completo, entre 1970 e 1980, atraíram, pelo menos, um arrazoado amicus. (In: A Suprema Corte americana, Forense Universitária, p. 126)*

²⁹ Para maiores informações consultar o verbete “amicus brief” in *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*.

³⁰ Neste diapasão, não é superfluo o escólio de Gilmar Ferreira Mendes: *segundo Häberle, a Corte há de desempenhar um papel de intermediário ou de mediador entre as diferentes forças com legitimação no processo constitucional. (...) Uma das virtudes da teoria de Häberle reside na negação de um monopólio da interpretação constitucional, mesmo naqueles casos em que se confere a um órgão jurisdicional específico o monopólio da censura. O reconhecimento da pluralidade e da complexidade da interpretação constitucional traduz não apenas uma concretização do princípio democrático, mas também uma consequência metodológica da abertura material da Constituição. Tem-se aqui uma outra dimensão da proposta de Kelsen, que associava a jurisdição constitucional à democracia, na medida em que esta atuasse na defesa ou na proteção de minorias. (In: Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial)*

Conclusões

Como se trata de recente fenômeno de recepção, posto que a Lei 9868 é de novembro de 1999, contando com apenas dois anos de vida, seus efeitos não podem ser avaliados de forma mais profunda. O instituto ainda está em fase de aclimatação, recebendo os contornos da doutrina e da jurisprudência.

Cotejando o instituto americano e o novel instituto brasileiro verifica-se que na jurisdição constitucional pátria, o *amicus curiae* também tem a sua atuação sujeita a prévio exame de admissibilidade pelo órgão do Judiciário, devendo a sua participação se dar através de manifestação escrita, demonstrando a utilidade de sua atuação para o deslinde da lide constitucional.

Como diferenças, pode-se apontar que no Brasil o *amicus curiae* também está previsto no processo objetivo de controle de constitucionalidade. Aqui, o interessado deve se submeter, para ter seu ingresso permitido, à demonstração da relevância da questão constitucional sob análise e de sua representatividade. Não se discutiu, ainda, a possibilidade, de, pelo menos no controle difuso da constitucionalidade, permitir-se a atuação de terceiro como *amicus curiae* mediante o simples consentimento de ambas as partes. Tampouco pode-se verificar nas atuais circunstâncias, se o *amicus curiae* está garantindo uma efetiva influência da esfera pública no processo de controle de constitucionalidade.

Como se vê, ainda há muito por fazer, mas a recepção do *amicus curiae* trazida pela Lei nº 9868/99 é oportuna e inovadora, pois abre caminho para a intersubjetividade no processo objetivo de controle de constitucionalidade, dotando-o de ares mais democráticos. Trata-se de uma tomada de posição no sentido de que a participação dos cidadãos empresta legitimidade ao exercício do controle de constitucionalidade e sinaliza para a necessidade de dotar os juizes de informação mais completa possível, necessidade essa cada vez mais premente em uma sociedade pluralista, implicando uma atitude modesta pelo Judiciário, em oposição ao ideal do juiz Hércules. Trata-se, enfim, de uma tomada de posição no sentido de que a neutralidade das decisões na jurisdição constitucional depende não de um procedimento monológico, mas sim dialógico, que garanta a possibilidade de participação de todos os afetados.

Assim, a inovação legal está afinada com a proposta de ampliação do círculo de intérpretes da Constituição de Peter Häberle e com a

democracia deliberativa de Habermas³¹, pois transforma os cidadãos em sujeitos ativos no processo de interpretação da norma constitucional. O *amicus curiae* é um canal pelo qual a opinião formada na esfera pública chega ao centro de poder, sujeitando as decisões de nossa mais alta Corte ao teste do debate público.

Por fim, cabe, então, trazer a pertinente reflexão de Gisele Cittadino: “Ressalte-se, portanto, que, da mesma forma que Taylor e Ackerman, os constitucionalistas “comunitários” brasileiros derivam os direitos fundamentais da soberania popular precisamente porque acreditam que eles integram a consciência ético-jurídica da comunidade. É o compromisso com esta autonomia pública e com as liberdades positivas dela decorrentes que permite ao constitucionalismo “comunitário” brasileiro lutar pela democratização do processo de interpretação constitucional, através do alargamento do círculo de intérpretes da Constituição. Em outras palavras, todas as forças políticas da comunidade devem utilizar os mecanismos processuais assegurados pelo ordenamento

³¹ Segundo Filipe Carreira da Silva, *a concepção habermasiana de política democrática deliberativa baseia-se num modelo teórico dual, relacionado não apenas com a formação da vontade, institucionalizada no “complexo parlamentar”, mas também com uma noção de esfera pública que reenvia a um conjunto espontaneamente gerado de arenas políticas informais, dialogicamente discursivas e democráticas e o próprio contexto cultural e base social respectivos. Democracia deliberativa é um conceito que remete, em Habermas, para uma tensão definidora: uma oposição binária entre o plano formal institucionalizado da democracia e os domínios informais e anárquicos de formação de opinião. Esta noção de política democrática deliberativa assenta na teoria da discussão habermasiana, cujo ideal regulador é um modelo de prática discursiva dialógica, face-a-face e orientada para o entendimento mútuo através exclusivamente da força do melhor argumento. Este modelo de comunicação tem por objectivo descrever e interpretar, por um lado, a inscrição do indivíduo num contexto intersubjectivo concreto, e, por outro, a referência a uma audiência idealmente universal que incentiva os participantes a adoptar posições “sim” ou “não, que transcendem os jogos de linguagem contingentes e as formas de vida particulares que foram socializados. (...) Desta forma, a teoria da discussão habermasiana pressupõe uma rede de processos comunicativos, tanto dentro como fora do complexo parlamentar e dos seus corpos deliberativos, que sustenta a existência de palcos dialogicamente discursivos em que ocorre a formação da vontade e da opinião democráticas. A noção de que a comunicação via linguagem origina e legitima práticas democráticas é, pensamos, aqui evidente. Em rigor, é precisamente o fluxo de comunicação que evolui desde o plano da formação da opinião pública, através de discussões racionais e orientadas para o entendimento mútuo, passando pelas eleições democráticas, reguladas por procedimentos que garantem a sua validade e legitimidade democráticas, até o nível das decisões políticas em forma de lei, que assegura que a “influência” (Parsons) e o poder comunicativo sejam convertidos em poder administrativo, através, justamente, do Direito. (In: Espaço público e democracia. Habermas e o seu modelo de cidadania, Internet).*

constitucional, procurando, através desta participação político-jurídica, garantir os ideais da igualdade e da dignidade humanas. Ao mesmo tempo, a concretização destes ideais também depende necessariamente do Poder Judiciário que, na qualidade de último intérprete da Constituição, deve estar vinculado à eticidade substantiva da comunidade. Daí a idéia de que a jurisdição constitucional tem a função primordial de guardiã dos valores que conformam o “sentimento constitucional da comunidade”.³²

VIII. Referências bibliográficas

- BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Forense Universitária.
- BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira. Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BRITO, J. Souza e outros. *Tribunal constitucional. Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Editora, 1995.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.
- CARRIÓ, Genaro R. Una defensa condicionada de la judicial review. *In: Cuadernos e Debates*, 29, Fundamentos Y Alcances Del Control Judicial De Constitucionalidad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de. *La constitucion como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1994.

³² *In: CITTADINO, Gisele. Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia. O guardião de promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.
- _____. La revision judicial y la dificil relacion democracia-derechos. In: *Cuadernos e Debates*, 29, Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação baseada nos direitos humanos. Tradução por Gisele Cittadino e Maria Celina Bodin de Moraes. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 17, ago./dez. 2000. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio.
- _____. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Seibeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. Três modelos normativos de democracia. In: *Lua Nova*, nº 36, 1995.
- _____. soberania popular como procedimento. In: *Novos Estudos CEBRAP*, nº 26, março de 1990.
- HALL, Kermit L. (ed). *The oxford companion to the Supreme Court of the United States*. New York: Oxford University Press, 1992.
- LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Controle da constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. Controle de constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. In: *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, pp. 453-478.

- SIQUEIRA CASTRO Carlos Roberto. Da declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos. *In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política* – 21, p. 7/39.
- TAVARES, Ana Lúcia de Lyra Tavares. O mandado de injunção como exemplo de recepção de direito. *In: 1988-1998: uma década de constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp.265/283.
- _____. O estudo das recepções de direito. *In: Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Haroldo Valladão*. Livraria Freitas Bastos S. A., pp. 45/66.
- TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

A supremacia judicial em debate: ativismo, fabricação de decisões e democracia

Denis de Castro Halis*

I. Introdução

Numa rápida sumarização, declara-se que este trabalho busca diferenciar as atuações possíveis (aceitáveis) das atuações impossíveis (não aceitáveis) por parte dos magistrados, conjugando certas relações entre magistratura e política. Entende-se por “aceitável” a atuação que pode ser vista como coerente, razoável ou correta por, pelo menos, uma parcela significativa dos chamados “operadores jurídicos”.

Porém, isso é feito de um modo peculiar. Ao invés de discorrer sobre numerosas escolas jurisprudenciais, cada uma defensora de um método de atuação e de seu referencial de “aceitabilidade”, valoriza-se a discussão acerca de como o “ativismo”¹ dos juízes ocorre na prática. Isto é, procura-

* Denis de Castro Halis é pesquisador do grupo *Direito, Tecnologia e Sociedade*, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) da Universidade Federal Fluminense (UFF); mestre pelo PPGSD – UFF; pós-graduando em Filosofia Contemporânea pela UERJ; bacharel e licenciado em Ciências Sociais pela UERJ; bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela FND/UFRJ; professor e coordenador de IC da Faculdade de Direito Evandro Lins e Silva; professor e coordenador de monografia jurídica da Unigranrio; e ex-professor de sociologia do direito da Faculdade Nacional de Direito FND/UFRJ.

¹ Ressalta-se que os termos “ativismo” e “ativista” não são aqui trabalhados como conceitos rigidamente definidos: são noções associadas a uma suposta exacerbação das “funções próprias” (específicas) que caberiam aos juízes. Vale destacar, no entanto, que não há, ainda, um critério pacífico na delimitação da atividade própria e não-própria dos juízes. Critérios vários de atuação existem: desde atuações estritamente objetivas (ou “mecânicas”) até atuações absolutamente subjetivas (em que o juiz é livre para declarar e interpretar o “direito”). Sobre

se sublinhar os efeitos que a “fabricação judicial” de decisões vem produzindo nas relações sociais e políticas, para se tentar entender em que grau isso pode ser defensável ou não.

As instituições que compõem os diversos sistemas judiciais têm sido apresentadas pela literatura especializada como cada vez mais ativas no controle das políticas públicas.² Teóricos de diversos matizes argumentam que isso acarreta uma delegação de poder que privilegia atores, *formalmente* neutros ou imparciais, em detrimento dos representantes políticos profissionais. Na verdade, pode-se também argumentar que muitos autores adeptos da doutrina liberal apresentam, de certa forma, esses últimos como neutros, na medida em que declaram que sua atuação persegue o bem comum, espelha não seus interesses privados mas sim os interesses coletivos, etc. Uma pergunta chave a ser trabalhada é *que tipo de supremacia judicial pode ser justificada em democracias que respeitam direitos?*

É difícil encontrar qualquer autor contemporâneo que afirme ser esse debate facilmente resolvível. Estudiosos de todas as tendências, defensores das mais diferentes bandeiras têm se debruçado, e divergido, sobre esse assunto. Isso se reflete na produção acadêmica, tanto no campo da ciência política, como no campo do direito.³ Tais divergências engendram um território analítico ainda germinal a ser demarcado.

Frente a esse quadro, opta-se, aqui, por apresentar um recorte dessa discussão, priorizando o funcionamento concreto dos tribunais e, através disso, tentar compreender melhor o espaço opaco da atuação dos juízes.

isso, cf.: HALIS, Denis de Castro. A função própria dos juízes: um reencontro entre direito e justiça. In: *Anais do III Encontro de pós-graduação da Universidade do Vale do Paraíba (UNIVAP)*. São José dos Campos, SP, 15 a 17 out. 2003: UNIVAP, 2003. Do mesmo autor: A necessidade de uma teoria da justiça substantiva como complemento à teoria do direito positivo. In: *Revista Imes Direito*. São Caetano do Sul, SP, ano II, n. 5, 2002, p. 21-33.

² Cf., por exemplo, o livro de Werneck Vianna (1999) usado neste trabalho.

³ Talvez o círculo de pesquisadores brasileiros pioneiros no estudo do ativismo e da supremacia judicial seja o grupo liderado por Luis Werneck Vianna, que já produziu três obras: *Corpo e alma da magistratura brasileira, A judicialização da política e das relações sociais no Brasil e A democracia e os três poderes*. No campo do direito, destaca-se a professora Gisele Cittadino, da PUC-Rio, com alguns trabalhos, em especial: *Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia*. Trabalho apresentado no Seminário Temático Controles democráticos e responsabilidade pública, no XXV Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), Caxambu, MG, 16 a 20 out. de 2001.

O atributo “opaco” se justifica na medida em que, apesar de variados esforços teóricos, não existem limites nitidamente delineados para a prática jurisdicional.

I. 1. Objetivos e metodologia

A partir de diagnósticos plurais selecionados sobre o grau e a qualidade da intervenção judicial na sociedade, busca-se melhor entender a “função própria dos juízes”. Uma vez compreendida, é possível argumentar que fica mais fácil perceber as fronteiras da atuação do Poder Judiciário.

Esses diagnósticos foram elaborados por autores brasileiros e norte-americanos. O critério de seleção foi definido em função de eles terem trabalhado sob diferenciadas perspectivas, daí as conclusões por vezes antagônicas e a possibilidade de um cotejamento mais fértil. Nenhum deles se limita a traçar um panorama do problema. Todos acabam por abraçar uma posição valorativa sobre a postura dos juízes e dos tribunais.

A abordagem nos três textos escolhidos prioriza a análise de julgados da Corte Superior ou do Tribunal Constitucional de cada país.

A primeira obra - elaborada por pesquisadores do IUPERJ⁴ liderados por Luiz Werneck Vianna - além de fazer uma revisão dos principais autores estrangeiros envolvidos nessa temática, concede uma visão positiva ao intervencionismo judicial no Brasil.

Como contraponto ao texto de Werneck Vianna et al, é apresentado o artigo de Carlos Alberto Colombo, também sobre o cenário brasileiro. Colombo critica o recorte dos dados trabalhados pelo grupo de Werneck Vianna e enfatiza, em especial, uma atuação elitista por parte do Supremo Tribunal Federal (STF). A abordagem nos dois textos prioriza a análise de julgados do Supremo Tribunal Federal.

O terceiro texto trabalhado é de autoria de um constitucionalista norte-americano, Stephen M. Griffin⁵, que avalia de forma crítica a história da atuação da Suprema Corte Norte-Americana.

⁴ Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro.

⁵ Cabe o registro de que este texto foi disponibilizado pelo próprio Griffin, o que não teria sido possível sem a facilitação do contato proporcionada pelo Prof. Dr. José Ribas Vieira. Faz-se, portanto, um agradecimento a ambos pelo acesso ao artigo.

II. Preliminares: a defesa da atuação objetiva do juiz

Preliminarmente à apresentação do ativismo judicial segundo os autores já mencionados, faz-se importante registrar as idéias de dois pensadores clássicos, Montesquieu (1689-1755) e Hans Kelsen (1881-1973). A validade dessas rápidas menções se relaciona a um melhor entendimento das razões filosóficas que embasaram a visão de que os juízes são intérpretes mecânicos das normas legais. Conseqüentemente, seu papel estará sendo desempenhado caso atue objetivamente. Essa visão dos juízes não é rara, tanto entre leigos, quanto entre profissionais do direito e personagens políticos.

Essa afirmação pode ser exemplificada, de modo paradigmático, com uma declaração do prefeito do Rio de Janeiro, César Maia, no ano de 2002. Numa entrevista⁶, diante de um comentário da repórter - “Essas brigas judiciais acabam não resultando numa punição efetiva...” -, quando falava sobre liminares que revogaram atos de cassação de alvarás por parte da prefeitura, Maia declarou: *Parte dos juízes imagina que está na função para fazer justiça. Quem faz justiça é o político, que elabora as leis. O Judiciário é um poder técnico, que deve aplicar as leis.*

A seleção desses dois autores - Montesquieu e Kelsen - se justifica por sua importância e influência na vertente de entendimento e aplicação do direito chamada de positivista, normativista, formalista, etc., lembrando que o objeto deste trabalho não se identifica com uma genealogia dessa vertente.

Montesquieu tem uma relevância maior na delimitação da atribuição que cabe ao julgador. Os manuais de direito nacionais citam, de forma recorrente, a doutrina da separação de poderes, ou de funções do poder do Estado, cujo maior sistematizador foi Montesquieu.

Já Hans Kelsen é aqui citado sobretudo por sua concepção de *ciência* do direito. Na sua obra principal, *Teoria pura do direito*, ele se esforça em livrar a ciência jurídica das imprecisões, da opacidade, da incerteza e da subjetividade, em suma, da poluição de “impurezas”. Concepção essa que, *apropriada diretamente e superficialmente*, pode respaldar visões de autonomia intocável do direito, de um mundo jurídico que existe à

⁶ MAIA, César. In: SCHMIDT, Selma. O processo civilizatório demora anos. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 24 nov. 2002. Caderno Rio, p. 27.

parte do “mundo da vida”, gerando irresponsabilidade e indiferença por parte dos aplicadores da lei.

II. 1. Montesquieu

Na obra *Do espírito das leis* há três passagens que revelam, em especial, uma característica marcante da forma de pensar de Montesquieu referente à forma dos julgamentos e da função dos magistrados. No Livro Sexto, capítulo III - “*Em que governos e em que casos se deve julgar segundo os termos precisos da lei*” -, diz:

Quanto mais o governo se aproxima da república, tanto mais rígida se torna a maneira de julgar. (...) Nos Estados Despóticos, não existe lei: a regra é o próprio juiz. Nos Estados monárquicos, existe uma lei e, onde esta é exata, o juiz a observa; onde não existe, ele procura-lhe o espírito. Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juízes observem literalmente a lei. (Montesquieu, 1979, p. 83)

Corroborando esse trecho, declara no Livro Décimo-Primeiro, capítulo VI - “*Da Constituição da Inglaterra*”:

Porém, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que nunca sejam mais do que um texto exato da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos que nela são assumidos. (Montesquieu, 1979, p. 150)

Ainda no mesmo capítulo, acentua que:

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor. (Montesquieu, 1979, p. 152)

II. 2. Hans Kelsen

Para o maior expoente do “positivismo jurídico”, a tarefa do jurista-filósofo consistiria na elaboração de uma teoria do jurídico, entendida

tão-somente como uma descrição vinculada às prescrições do direito positivo. Kelsen pretendeu elaborar um conhecimento científico - respaldado no positivismo filosófico ou cientificismo de Augusto Comte - do direito positivo. O “Direito” e a “Moral” são, para ele, sistemas de normas distintos. Acentua que:

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever. (...) a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). (Kelsen, 1998, p. 77)

Nesta passagem, ficam claros os esforços de Kelsen para elaborar um modelo de ciência jurídica “formalista”, referente à análise da estrutura formal do direito positivo. O processo lógico partiria dos conceitos e, por meio de deduções lógicas, chegar-se-ia às proposições jurídicas e, a partir destas, às decisões judiciais.

No modelo kelseniano, “a ciência jurídica apenas pode descrever o direito; ela não pode, como o Direito produzido pela autoridade jurídica (através de normas gerais ou individuais), *prescrever* seja o que for” (Kelsen, 1998, p. 82).

Por fim, Kelsen diz: “Com efeito, a ciência jurídica não tem de legitimar o Direito, não tem por forma alguma de justificar – quer através de uma Moral absoluta, quer através de uma Moral relativa – a ordem normativa que lhe compete – tão-somente – conhecer e descrever” (1998, p. 78).

III. Diagnósticos: Werneck Vianna, Colombo, Griffin

O eixo transversal aos textos pode ser entendido como as relações, mais ou menos convergentes, entre as esferas do Poder Judiciário, Poder Executivo e Poder Legislativo. A ênfase recai na maior ou menor capacidade do Judiciário de controlar as ações nas arenas política e social, que vem recebendo diversas e, por vezes, antagônicas leituras.

Os autores dos trabalhos selecionados sustentam haver um incremento contínuo da intervenção dos juízes que, de personagens secundários, vêm adquirindo a posição de protagonistas na esfera pública.

Uma das razões principais disso envolve o fato de as declarações de direitos engendrarem duas espécies de expectativas. A primeira, em que as inovações constitucionais seriam capazes de garantir mudanças. A segunda, em que se limitariam a cumprir funções simbólicas, não se convertendo em práticas sociais ou esvaziando-se, por um entendimento jurisprudencial restrito, preso a suposições irreais, mitos jurídicos e concepções ortodoxas da teoria da separação dos três poderes. O texto de Werneck Vianna et al aproxima-se mais da primeira vertente, enquanto o texto de Colombo defende a segunda hipótese.

Nos panoramas analíticos apresentados nesses três textos, alguns teóricos mencionados sublinham a acentuação de certa crise política, enquanto outros inserem a intervenção como algo natural no formato atual das democracias contemporâneas. Já o texto de Griffin fornece argumentos para uma crítica da “supremacia judicial” que se dá por meio do “*judicial review*”. Tal crítica enfatiza sua visão de “democracia deliberativa” e sua percepção da atual “democracia de direitos norte-americana”.

É diante desses principais cenários construídos que se discute o papel dos juízes.

III. 1. Luis Werneck Vianna et al⁷

O livro de Werneck Vianna et al é o mais completo em termos de revisão da literatura atual, dentre os selecionados. Apresenta um qualificado panorama dos principais idéias dos estudiosos nacionais e estrangeiros que abordam os temas que relacionam os três “Poderes”, priorizando o Judiciário.

A obra possui duas dimensões principais. A primeira diz respeito à lógica e aos parâmetros de atuação do Poder Judiciário no *cenário político* - a “judicialização da política”. A segunda se refere à *institucionalização do direito na vida social*, colaborando para a construção da “sociabilidade”

⁷ *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

(formando identidades e núcleos de organização social) e invadindo espaços antes não acessíveis - a “judicialização das relações sociais”.

Os autores tentam compreender as múltiplas idéias desse campo analítico, que relaciona o Judiciário com os outros poderes, classificando-as em dois eixos: o “*procedimentalista*”⁸ e o “*substancialista*”⁹. O primeiro teria como representantes principais Jürgen Habermas e Antoine Garapon, enquanto o outro seria representado por Mauro Cappeletti e Ronald Dworkin. Apesar das diferenças explicativas, que justificavam tal tipologia, ressaltam os autores que todos têm

(...) em comum o reconhecimento do Poder Judiciário como instituição estratégica nas democracias contemporâneas, não limitada às funções meramente declarativas do direito, impondo-se, entre os demais poderes, como uma agência indutora de um efetivo *checks and balances* e da garantia da autônoma individual e cidadã. (Werneck Vianna et al, 1999, p. 25)

Estar-se-ia diante, portanto, de uma nova arena pública, substitutiva parcial da representação por partidos e passível de interpelação direta por parte dos indivíduos, grupos e até partidos:

Dessas múltiplas mutações, a um tempo institucionais e sociais, têm derivado não apenas um novo padrão de relacionamento entre os Poderes, como também a conformação de um cenário para a ação social substitutiva a dos partidos e a das instituições políticas propriamente ditas, no qual o Poder Judiciário surge como uma alternativa para a resolução de conflitos coletivos, para a agregação do tecido social e mesmo para a adjudicação de cidadania, tema dominante na pauta da facilitação do acesso à justiça. (Werneck Vianna et al, 1999, p. 22)

⁸ Neste, privilegia-se o aperfeiçoamento dos procedimentos democráticos, a serem protegidos e garantidos pelo direito. Desta forma, todos teriam ampla oportunidade de intervir no processo de formação da vontade majoritária. Ou seja, o direito se transforma em uma espécie de garantidor das “regras democráticas do jogo” e a ênfase recai sobre a “racionalização” das formas de interação social – o que irá propiciar o aproveitamento daquilo que for coletivamente (e “democraticamente”) deliberado.

⁹ Em que se reconhece a inevitabilidade da criação jurisprudencial do direito que é percebida como propiciadora da agenda igualitária, sem prejuízos para as liberdades.

Por conseqüência, o ativismo judicial, na esteira desse redimensionamento do Poder Judiciário, pode ser valorizado ou não, dependendo do eixo adotado (“procedimentalista” ou “substancialista”).

Werneck Vianna et al, ao apresentarem as idéias de Antoine Garapon, relacionam essa valorização do Poder Judiciário com uma desqualificação da política e ao “*derruimento do homem democrático*” em um ambiente de decadência do *Welfare State* (1999, p. 25). Ao mesmo tempo, outras instituições (partidos, família e religião) já não estariam promovendo a solidarização social demandada (ibid.). Em suma, a avaliação de Garapon tenta explicar o crescente intervencionismo judicial a partir de um cenário de crise das formas de representação, sociabilidade e resolução de conflitos tradicionais. Ele possui, portanto, uma visão negativa desse fenômeno.

Enquanto tal ponto de vista deve ser valorizado, deve-se adotar uma precaução na generalização desse argumento. Alguns analistas defendem, por exemplo, que nunca houve um *Welfare* no Brasil. Argumentam, da mesma forma, que a desqualificação da política sempre existiu, enquanto que o ideal de “homem democrático” nunca existiu - ao menos não de forma significativa.

Habermas compartilharia desse diagnóstico pessimista de Garapon, falando em colonização do “mundo da vida” pelo Judiciário, tutor da cidadania.

De fato, muito pode ser problematizado acerca de uma atitude dativa ou distributiva de direitos por parte dos magistrados que optam, mesmo de forma embasada ou coerente, por uma intervenção mais agressiva. É isso, tanto por conta do sempre presente debate em torno da limitação das funções e competências (com origem nas teorias sobre a “separação dos Poderes”), como por conta de uma fragilização de uma luta coletiva “cidadã” para resolver coletivamente problemas coletivos. Isso poderia implicar uma eventual perda de liberdades (pois se estaria refém das visões e interpretações dos magistrados), bem como uma passividade e um enfraquecimento de elos sociais que garantem a coesão e ação conjunta.

Quanto ao último argumento - fragilização da luta coletiva - há que se registrar uma grande coerência. É isso porque, uma vez que os problemas coletivos tendem a não desaparecer - chegando mesmo a aumentar - ou a adotar novos formatos, é preciso que se mantenha uma espécie de prontidão ou vigília dos membros das comunidades para que

seja possível acionar mobilizações, forjar reivindicações e apontar caminhos que se julguem adequados.

Por outro lado, Werneck Vianna et al comentando o outro diagnóstico possível, empreendido por Mauro Cappelletti e Ronald Dworkin, registram:

(...) o redimensionamento do papel do Judiciário e a invasão do direito nas sociedades contemporâneas não soem como fenômenos estranhos à tradição democrática e, sim, como uma efetiva e necessária extensão dessa tradição a setores ainda pouco integrados à sua ordem e ao seu ideário. (Werneck Vianna et al, 1999, p. 32)

Além disso, tendo em vista a forte presença de princípios e valores gerais nas constituições contemporâneas, dizem:

A concretização da vontade geral declarada na Constituição seria, nesse sentido, uma obra aberta confiada às futuras gerações, às quais competiria garantir a efetividade do sistema de direitos constitucionalmente assegurados por meio dos recursos procedimentais dispostos em seu próprio texto. A política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com os seus propósitos, declarados formalmente na Constituição. (Werneck Vianna et al, 1999, p. 40)

Esse pensamento é necessário na medida em que não se deseja transformar os direitos em mero mecanismo de salvaguarda de vantagens particulares. Ou ainda, em *privilégios* ou “leis *privadas*”, em que os “direitos do papel” são apropriados, por meio de convenientes interpretações, de forma a favorecer categorias sócio-econômicas mais fortes.

O argumento de que o ativismo judicial se traduz em um conflito da “*vontade da maioria*”, expressa via Legislativo ou Executivo, contra *as vontades e preferências pessoais do juiz* perde o sentido uma vez que se critique a forma real de ser e atuar do Legislativo e Executivo.

Assim, Werneck Vianna et al, analisando as influências junto à teoria de Cappelletti, defensor da criação jurisprudencial do direito, declaram ter ele recorrido amplamente às idéias de Martin Shapiro. Cappelletti, concordando com Shapiro, questiona a capacidade dessas duas instituições, Legislativo e Executivo, atuarem como vocalizadores e realizadores da “vontade popular”. Com efeito, cita Werneck, ambas atuam como

(...) complexa estrutura política, em que grupos variados procuram vantagens, manobrando entre vários centros de poder [e] o que daí resulta não é necessariamente a enunciação da vontade da maioria [...] e sim, freqüentemente o compromisso entre grupos com interesses conflitantes. (Shapiro¹⁰ apud Werneck Vianna et al, 1999, p. 34)

Em outras palavras, o que se põe em xeque é a validade da democracia representativa clássica e tradicional. Werneck Vianna et al apontam que

(...) as transformações por que tem passado o imaginário da sociedade civil, especialmente dos seus setores mais pobres e desprotegidos que, depois da deslegitimação do Estado como instituição de proteção social, vêm procurando encontrar no Judiciário um lugar substitutivo, como nas ações públicas e nos Juizados Especiais, para as suas expectativas de direitos e de aquisição na cidadania. (1999, p. 42)

Cappelletti vai apontar, portanto, que o processo judicial poder abrir uma oportunidade para a vocalização das expectativas de direito, uma vez que a criação da lei pode ser entendida como divorciada de um procedimento substancialmente democrático (op. cit.).

A mesma linha é seguida por Dworkin, que receia o fato de confiar a guarda dos direitos constitucionais à apreciação das instituições majoritárias (Legislativo e Executivo), uma vez que nem sempre representam as opiniões da maioria dos cidadãos. Daí advém sua recusa em admitir qualquer posição de passividade por parte do Poder Judiciário - responsável pela verdadeira significação da Constituição, “guardião da democracia” (ibid., p. 35). Dessa forma, a atividade interpretativa do juiz pode ser orientada para a plena realização dos valores comunitários e universais consignados nas Cartas de direitos.

Tal criação jurisprudencial do direito, admitida pela concepção do “direito como integridade” de Dworkin, deve “(...) permitir ao juiz declarar um princípio, cuja natureza seja inata ao direito de uma comunidade política organizada democraticamente” (ibid., p. 36). A verificação desse princípio dar-se-ia “(...) na sua consistente coerência

¹⁰ SHAPIRO, Martin. *Freedom of speech: The Supreme Court and judicial review*. New Jersey: Englewood Cleffs, Pretince Hall, 1966, p. 24.

com alguma parte complexa da prática jurídica e na sua propriedade de poder justificá-la” (ibid.). Isto é, as regras e interpretações advindas dos processos decisórios judiciais teriam de estar respaldadas por princípios intrínsecos à cultura jurídica de um povo.

Werneck Vianna et al parecem preferir este segundo eixo analítico (Cappelletti/Dworkin). Além de conceder ao Judiciário o título de “guardião dos direitos fundamentais”, eles percebem uma inédita capilaridade do Poder Judiciário: baseada nos procedimentos abertos à comunidade dos intérpretes e a criação dos Juizados Especiais (ibid., p. 43). Outra função primordial desse “novo Judiciário”, também compartilhada por Werneck Vianna et al, refere-se a um incremento da sociabilidade, através da criação de laços societários de interesses a serem reivindicados no âmbito judicial.

Com relação ao papel do magistrado, acentuam:

(...) não pode se achar imune à intensa mobilização do direito e dos seus procedimentos por parte da sociedade civil, a nova arquitetura institucional dependendo, em boa parte, nos Tribunais e nos Juizados Especiais, do seu desempenho profissional, da sua orientação ética e do cumprimento de seu papel constitucional de “guardião” dos direitos fundamentais. (Werneck Vianna et al, 1999, p. 43)

Por fim, sustentando o não “desperdício” de possibilidades e comentando sobre a pertinência dessa visão no Brasil, declaram:

(...) a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos. (ibid.)

Em seguida, apresenta-se as idéias de Carlos Alberto Colombo (2001), em um estudo crítico feito por esse autor à abordagem e conclusões desta primeira obra apresentada.

III. 2. Carlos Alberto Colombo¹¹

A preocupação do sociólogo se traduz em um questionamento crítico da posição assumida pelo STF, suposto “guarda da Constituição”, frente ao que ele chama de “ostensivas violações à Carta Política republicana” (Colombo, 2001, p. 123).

Inicialmente, Colombo traça um pequeno histórico das instituições governamentais brasileiras:

O Estado foi convertido numa arena estratégica para a conciliação dos interesses das classes possuidoras, o que terminou por colocá-lo no centro de um protagonismo responsável pela transformação autoritária da estrutura econômica e social sem modernização política da sociedade, frustrando as possibilidades de consolidação de uma institucionalidade democrática consistente. (2001, p. 121)

Sendo que “o Poder Judiciário brasileiro não foi imune a esse traço característico da sociedade brasileira” (ibid.). Já a composição da Corte, mesmo após mudanças profundas de regime político, continuou com os mesmos membros.

Com o advento da República não houve qualquer mudança, mas sim um aproveitamento dos magistrados do Império, oriundos do então Supremo Tribunal de Justiça. Assim, “(...) o autoritarismo e o conservadorismo das elites brasileiras continuou moldando o Judiciário” (Colombo, 2001, p. 122).

Além disso, “a violência política, o descumprimento de decisões judiciais, o cerceamento dos poderes constitucionais, as intervenções e os ‘expurgos’ de magistrados (pelo Estado Novo e pelo Golpe de 1964) foram uma constante na história do STF” (ibid.). Prosseguindo na descrição dessa conturbada história, registra que “após a implantação do Golpe de 1964 e a aposentadoria compulsória de três ministros do Tribunal o STF legitimou os principais atos que violaram à Constituição” (ibid.).

¹¹ Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal: violações aos direitos constitucionais e ilegitimidade política. In: *Democracia: mundo do trabalho*, n. 3, Porto Alegre, R.S.: Camargo Coelho Maineri e Advogados Associados S/C, 2001.

Esse histórico é confirmado pelo constitucionalista Luis Roberto Barroso:

Na América Latina (...), e inclusive no Brasil, uma longa tradição autoritária mantém a interpretação constitucional evolutiva, através do Poder Judiciário, em limites extremamente contidos. De fato, a história do continente é estigmatizada pela hipertrofia do Executivo, pela quebra das garantias da magistratura, por reformas constitucionais casuísticas e pela instabilidade constitucional constante. Aliás, em lugar de evolução, freqüentemente o que se verifica é uma deformação, onde a interpretação constitucional judicial convalida os abusos autoritários. (2001, p. 146)

Em seguida, Colombo contesta a versão oficial de que os poderes do STF foram concebidos em um quadro de constitucionalidade democrática, na medida em que foram mantidos dois aspectos cruciais referentes ao processo de tomada de decisões: (a) a composição ministerial herdada do período autoritário e (b) a forma de nomeação dos Ministros por indicação do Presidente da República.

Dessa forma, o papel de guardião dos direitos constitucionais democráticos foi atribuído a um Supremo cujos Ministros legitimaram juridicamente o regime de exceção anterior (Colombo, 2001, p. 123).

Passa-se agora à apresentação das teses centrais do autor.

(1) A análise quantitativa e qualitativa dos julgados do Tribunal sugere uma forte seletividade dos posicionamentos do Tribunal quanto aos interesses em questão e aos agentes sociais beneficiados (ibid.).

Em primeiro lugar, Colombo considera que as “(...) normas federais que condensam os principais conflitos de interesses políticos e econômicos” (ibid., p. 123) têm um índice significativamente menor de julgamentos contrários à sua constitucionalidade, quando comparadas às normas estaduais. Isto é, o questionamento de constitucionalidade de lei estadual possui uma probabilidade muito maior de obtenção de êxito do que questionar a constitucionalidade de lei federal. Daí concluir que:

(...) a tendência predominante na jurisprudência do Tribunal tem sido a de acolher menos as ações no âmbito em que foram decididos conflitos de interesses socialmente mais relevantes e colocados em jogo direitos fundamentais para a efetivação da concepção de Estado Democrático de

Direito consagrada formalmente pela Constituição da República. (Colombo, 2001, p. 124)

Em segundo lugar, Colombo discorda da hipótese de Werneck Vianna et al de que o STF vem desempenhando crescentemente o papel de “ativo guardião da Carta Constitucional e dos direitos fundamentais da pessoa humana” e “vem concretizando, progressivamente, a mutação concebida pelo constituinte de 1988” (Werneck Vianna et al, 1999, p. 153 e 115). Sustenta, pelo contrário, que há uma expressiva variação percentual nas decisões favoráveis adotadas pelo STF em função dos agentes sociais que impetraram as ações e do seu objeto (Colombo, 2001, p. 124). Entre esses agentes, menciona a Procuradoria-Geral da República, os governadores estaduais, a associação de Magistrados Brasileiros, os partidos de diferentes matizes, as organizações de trabalhadores e empresários, a OAB e os Legislativos estaduais. Entre os interesses em questionamento estavam direitos e vantagens do funcionalismo público, normas referentes à administração pública, a política econômica de âmbito federal, etc.

A partir dos dados analisados, Colombo percebe indícios “(...) de um forte alinhamento das decisões do Supremo Tribunal Federal às políticas de ajuste fiscal impostas aos estados e à União por organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial” (ibid., p. 125).

Argumenta, também, que o art. 103 da Constituição Federal elenca os agentes sociais e políticos com legitimidade para impetrar Adins, sem fazer restrições quanto a sua atuação. O STF, no entanto, decidiu que as entidades de classe só podem impetrar ADIN referente aos interesses particulares da própria associação de classe. Além disso, entidades “de peso” como a CUT, a CGT e o ANDES, nem tiveram reconhecida a legitimidade para propor esse tipo de ação. Colombo, analisando os mesmos dados levantados por Werneck Vianna et al, concorda que as forças políticas minoritárias no poder têm usado as ADINS mais intensamente do que os partidos e grupos mais próximos do núcleo do poder, como forma de recurso contra a imposição da vontade ilimitada dos últimos. Isso reforça, segundo o autor, “(...) o papel do STF como arena estratégica no âmbito da qual se decidem disputas importantes

para as possibilidades de redistribuição a riqueza socialmente produzida e de controle do poder político (...)” (Colombo, 2001, p. 129).

Para demonstrar as discrepâncias na jurisprudência do Supremo, recupera novamente dados de Werneck Vianna et al¹², mas sob um novo recorte. Conclui então que: “no que se refere à política econômica, os partidos de esquerda ingressaram com 54 Adins e obtiveram apenas três liminares favoráveis. No mérito nenhum pedido foi acolhido” (Colombo, 2001, p. 130).

Por fim, sobre a dinâmica da jurisprudência do Tribunal, conclui o autor que “(...) quanto mais as Adins aproximam-se das questões estratégicas para os interesses e os projetos políticos do bloco de forças no poder, menor é o número de decisões favoráveis às ações de inconstitucionalidade”. (id., p. 130).

(2) O autor defende que em numerosos casos o Tribunal homologou diversas “inconstitucionalidades”, alternando justificativas nos planos das racionalidades formal e material, por vezes, negando seus próprios entendimentos anteriores e revelando significativas contradições da Corte no seu papel de “guarda da Constituição”. Ele ilustra essas oscilações e incoerências com os seguintes casos¹³: (a) edição e reedição exacerbada de medidas provisórias; (b) na regulação do sistema financeiro nacional (referente ao limite máximo de 12% ao ano para a taxa de juros reais e à instituição do “Proer” - Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional); (c) inconstitucionalidades nos planos de estabilização econômica e na política salarial (expurgos advindos dos planos, bloqueio dos cruzados, e a proibição da concessão de liminares contra as medidas provisórias fundamentais do plano - estabelecida por Medida Provisória); (d) inconstitucionalidades nas privatizações de empresas estatais (caso Usiminas); (e) na implementação da emenda constitucional que permitiu a reeleição do Presidente da República (concorrência desigual pelo poder gerada pela emenda da reeleição); (f) julgamentos dos mandados de injunção (este instituto, segundo decisão do STF, limita-se apenas a notificar o órgão

¹² Obra citada, p. 129-130.

¹³ Para saber todos os argumentos do autor, apontando as contradições nas justificações das sentenças, cf. p. 130 e segs. da obra citada.

omisso de que a norma regulamentadora deveria ser elaborada), gerando inefetividade dos dispositivos constitucionais não regulamentados. Neste caso, o autor registra que o entendimento do STF representou

(...) um evidente artifício, uma construção jurídica formulada sem qualquer justificação no texto da nova Carta Constitucional, que insinua claramente um comportamento político do Supremo Tribunal Federal no sentido de colaborar com a omissão inconstitucional dos demais agentes do sistema político, principalmente quando se trata da não implementação de direitos que poderiam colocar em xeque dimensões fundamentais da distribuição de renda e do poder político no País. (...) as decisões do STF têm revelado todo o potencial conflitivo ente as exigências da racionalidade formal inerente aos mandamentos da Constituição e a imposição da racionalidade material dos interesses e valores aos quais os ministros da mais alta Corte do País se sentem ligados, conscientemente ou inconscientemente. (Colombo, 2001, p. 146)

Os dados analisados pelo autor, em especial, a diminuição dos mandados de injunção ajuizados, demonstram que o “(...) processo de judicialização da política não é uniforme, da mesma forma que não é necessariamente progressivo e linear” (Colombo, 2001, p. 150).

Em todos esses casos, o autor ressalta discrepâncias nos argumentos dos ministros, que elaboram “(...) evidentes artifícios por meio de construções jurídicas formuladas sem qualquer justificação no texto da nova Carta Constitucional...” (ibid., p. 151). A parte final dessa afirmação pode ser contestada, uma vez que se acolha o entendimento majoritário de que a Constituição contém princípios implícitos e que, mesmo sem estarem formalmente legitimados, não se pode afirmar de antemão que não os abrace materialmente.

Continuando, Colombo diz:

(..) a interpretação constitucional do STF desempenhou um papel decisivo para o “ajuste” da Constituição jurídica às diversas inconstitucionalidades praticadas pelo bloco de forças no poder. Nota-se um claro alinhamento entre a racionalidade material que permeou as principais decisões do Tribunal e as diretrizes políticas estratégicas implementadas em larga escala por meio

de procedimentos inconstitucionais que viabilizaram os interesses, valores e idéias das classes dominantes no período. Numa conjuntura marcada pela hegemonia de um conjunto de idéias neoliberais, as reformas políticas e os ajustes econômicos implementados pelo bloco de forças majoritárias colocaram em xeque a significação da racionalidade formal e da força normativa do ordenamento democrático-constitucional. (2001, p. 152)

O STF permitiu, em última instância, que os interesses econômicos e a concentração ilegítima do poder político se impusessem socialmente, sem os empecilhos da regulação legal instituída pela sociedade e pelos procedimentos democráticos reconhecidos como legítimos (Colombo, 2001, p. 152).

Resta registrar algumas decisões dos Ministros que convalidam, ao menos parcialmente, as teses de Colombo. Um exemplo é o julgamento da constitucionalidade da medida provisória (de nº 173) cujo objeto era a proibição da concessão de liminares contra as principais MPs (151, 154, 158, 160, 161, 162, 164, 165, 167, 168) que instituíam o chamado “plano Collor I”. Colombo diz, mencionando o voto do ministro Sidney Sanches:

em que pese a flagrante inconstitucionalidade da MP nº 173, o Tribunal, no julgamento da Adin nº 223, indeferiu o pedido de suspensão cautelar da vigência do diploma impugnado e remeteu ao controle difuso “(...) o exame judicial em cada caso concreto da constitucionalidade, incluída a razoabilidade, da aplicação da norma proibitiva da liminar” (Brasil. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 223, p. 1), assegurando ao Governo o tempo e a margem de manobra necessárias à implementação da política econômica. (Colombo, 2001, 138)

Isto é, o STF acaba por adotar argumentos continuamente usados pelos críticos das concepções e práticas formalistas, como a adequação do direito à realidade social, etc., para tornar vazias - ou descumprir, como prefere Colombo - regras constitucionais importantes.

No seu voto, Sanches avalia a questão sob a forma de dilema:

E aqui fico entre dois perigos. O perigo de eventual lesão a direitos individuais e o perigo de perecimento da própria Nação, diante da

devastação econômica e da decadência social que a vinham afligindo. Pode um juiz da Suprema Corte preocupar-se com aspectos políticos levados em consideração na elaboração das leis, incluídas as medidas provisórias? Penso que pode e deve. Diante desse quadro, pergunto a mim mesmo: qual o mal maior? Permitir expressamente as medidas liminares que porão por terra um plano político-econômico, que, se tem as imperfeições próprias da elaboração humana, não deixa de ter o nobre propósito de tentar um retorno à estabilidade econômica e social e um recomeço do desenvolvimento? Ou tolerar, temporariamente, que essas medidas não sejam permitidas, ao menos enquanto se descubrem os efeitos do plano, se vier a ser aprovado pelo Congresso Nacional? (Sanches¹⁴, - citado por Colombo, 2001, p. 138-139)

E, como último exemplo, cita-se o comentário de Colombo sobre o entendimento da Corte acerca dos mandados de injunção:

(...) um evidente artifício, uma construção jurídica formulada sem qualquer justificação no texto da nova Carta Constitucional, que insinua claramente um comportamento político do Suprem Tribunal Federal no sentido de colaborar com a omissão inconstitucional dos demais agentes do sistema político, principalmente quando se trata da não implementação de direitos que poderiam colocar em xeque dimensões fundamentais da distribuição de renda e do poder político no País. (...) as decisões do STF têm revelado todo o potencial conflitivo ente as exigências da racionalidade formal inerente aos mandamentos da constituição e a imposição da racionalidade material dos interesses e valores aos quais os ministros da mais alta Corte do País se sentem ligados, conscientemente ou inconscientemente. (Colombo, 2001, p. 146)

De fato, reforçando os dizeres de Colombo, Barroso registra que no mandado de injunção “(...) a maior parte da doutrina converge para o entendimento de que compete ao Judiciário suprir a omissão normativa, formulando para o caso concreto, e com efeito apenas *inter partes*, a regra integrativa do comando constitucional”. (Barroso, 2001, p. 268).

¹⁴ Brasil, STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 223, p. 62-3.

Porém, esse não foi, como se viu, o entendimento do Supremo.

Como exemplo mais recente de decisão referenciada por critérios extra-legais (racionalidade material), mas que não foi exposta no texto de Colombo, tem-se a de um juiz do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais (TRT-MG). O voto desse juiz foi extremamente controvertido. Suas declarações, que fundamentaram o *unânime* acórdão, foram repudiadas pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho. A fundamentação do juiz fez referências a uma narrativa bíblica - a “Arca de Noé” - para reformar a sentença de primeira instância, negando direitos e um pedido de indenização por danos morais a um trabalhador rural. Disse o juiz:

A mera circunstância de ter sido transportado o reclamante no meio rural, em camionete boiadeira, dotada de gaiola protetora para o transporte de animais, não ofende a dignidade humana, nem afeta a sua segurança, como pretende a r. sentença recorrida. Poder-se-ia questionar no âmbito administrativo uma mera infração das normas de trânsito do Código de Trânsito Brasileiro quanto a transporte inadequado de passageiros em carroceria de veículo de transporte de cargas, o que não é da competência da Justiça do Trabalho. Mas se o veículo é seguro para o transporte de gado também o é para o transporte do ser humano, não constando do relato bíblico que Noé tenha rebaixado a sua dignidade como pessoa humana e como emissário de Deus para salvar as espécies animais, com elas coabitando a sua Arca em meio semelhante ou pior do que o descrito na petição inicial (em meio a fezes de suínos e de bovinos). (proc. RO 484/03 TRT-MG, publicado em 25/03/2003)

Ao final, em perspicaz suporte da livre exploração do trabalhador, conjeturou:

(...) não tendo sido sequer alegado que o transporte nessas condições tivesse o escopo de humilhar ou ofender o reclamante, que nunca se rebelou ou fez objeção contra a conduta patronal, preferindo percorrer os 16 kms do deslocamento a pé ou por outro meio de transporte. (proc. RO 484/03 TRT, public. 25/03/2003)

De fato, segundo o raciocínio do juiz, o queixoso trabalhador deve ter preferido não exercitar suas múltiplas opções e, portanto, agora nada pode alegar. Pena que, não sabendo desfrutar de sua “liberdade de ser explorado”, ajuizou tal ação.

III. 3. Stephen M. Griffin¹⁵

Mesmo antes da controvérsia surgida na disputa eleitoral norte-americana entre *Bush* e *Gore*, Griffin assinala que alguns acadêmicos já haviam iniciado um debate sobre a longa viabilidade da “supremacia judicial” (*judicial supremacy*) (Griffin, 2002, p. 2).

Griffin chama os debates envolvendo o *judicial review* e o “contramajoritário” (*countermajoritarian*) de “velha disputa” (*old dispute*). A pergunta atual giraria, para ele, em torno da questão de qual o tipo de supremacia judicial pode ser justificada em uma democracia que respeita direitos? (ibid., p. 2).

Seu argumento é de que não se deve contar com a Suprema Corte para proteger os direitos contra a discriminação, proteção essa tradicionalmente proporcionada pela cláusula da “*equal protection*” (ibid., p. 2). Acentuando este ponto, diz: “Além disso, a proteção contra a discriminação injusta que todos os americanos recebem por meio das leis de direitos civis é largamente superior à proteção propiciada pela cláusula da proteção equitativa [*equal protection clause*]” (ibid., p. 30). Indo além, Griffin declara que chega a haver um “(...) interesse relativamente novo da Corte em destruir valiosos direitos civis” (ibid., p.3). Em outras palavras, o autor sustenta que há uma hostilidade da Corte com relação a certas formas importantes de direitos civis.

O esforço de Griffin dirige-se no sentido de demonstrar como “(...) a idéia de democracia de direitos articula os conceitos de direitos e deliberação em termos de teoria democrática” (ibid., p. 283). Além desse tema central, ele argumenta, particularmente, que os *órgãos políticos são mais vantajosos*, em termos deliberativos diferenciados, para *assegurar que minorias raciais obtenham proteção contra discriminação*.

Seu objetivo consiste na construção de uma crítica democrática à revisão judicial (*judicial review*) que se distinga da dita “*velha dificuldade de violar a vontade da maioria*” (*countermajoritarian difficulty*). Além disso, essa forma de controle - *revisão judicial* - falharia em respeitar di-

¹⁵ GRIFFIN, Stephen M. Judicial supremacy and equal protection in a democracy of rights. In: University of Pennsylvania. Journal of Constitutional Law. vol. 4. Jan. 2002, n. 2, p. 281-313. Como são feitas várias citações deste texto, escrito em língua inglesa, optou-se por traduzi-las, objetivando facilitar a leitura e ampliar a margem de leitores.

reitos. O autor defende, também, que não é mais necessária qualquer forma de “*heightened scrutiny*”¹⁶ na jurisprudência da “*equal protection*”.

A abordagem adotada (declarada como necessária) é, ao mesmo tempo, historicista e comparativa. Em função do “historicismo”, seu argumento não vale como uma crítica generalista à supremacia judicial e se consubstancia em *um tipo* de crítica democrática da supremacia judicial *limitada ao terreno da lei de proteção igualitária* (*equal protection law*).

Baseado em decisões da Corte por mais de vinte anos, ele afirma: “Se você é um membro de uma minoria racial, a Suprema Corte não é sua amiga” (*ibid.*, p. 3).

Os desenvolvimentos que levaram a esses problemas, ou o desenvolvimento da forma de operar da Corte que torna possível essa crítica, não são considerados, por ele, como um fenômeno passageiro. Essa forma estaria, de fato, atrelada à estrutura institucional corrente do Estado Norte-Americano, constituindo, portanto, parte da ordem constitucional norte-americana (*ibid.*, p. 3).

O pressuposto da ácida crítica que Griffin dirige ao chamado “*heightened scrutiny*” associa-se à sua concepção de que os estadunidenses vivem, presentemente, em uma “democracia de direitos” (*ibid.*, p. 3). Esse formato de democracia é explicado pelo fato dos direitos serem protegidos, sendo isso uma constante política, além de um instrumento para alcançar objetivos sociais valiosos, ao mesmo tempo, que se consagraram como um fim em si mesmo ou como um bem político desejado por todos (*ibid.*, p. 3-4).

No argumento de Griffin - *e aí a realidade brasileira parece ser bem distinta* - os atores governamentais buscam partir do princípio de que é desejável criar, exercer e promover direitos - legais e constitucionais - individuais. Assim, os órgãos políticos atuariam de forma a manter e estender, de modo contínuo, o sistema de direitos, em conformidade com procedimentos democráticos (*ibid.*, p. 4).

Segundo Griffin, no cenário constitucionalista norte-americano, que teria gerado tanto a forma de agir da Suprema Corte como a democracia

¹⁶ Forma de julgar certos casos seguindo certos referenciais padrão ou standards. Neste artigo, Griffin não explicita claramente tudo aquilo que pode estar envolvido na expressão “*heightened scrutiny*”.

de direitos, houve duas importantes descontinuidades históricas: (a) a primeira se deu pelo *movimento dos direitos civis*, e (b) a segunda, pela conseqüente *politização da questão dos direitos*.

A primeira descontinuidade foi responsável pela “democratização dos direitos”, projetando-os como uma parte importante da agenda dos órgãos políticos.

Com relação à politização do tema dos direitos, segunda descontinuidade, isso acabou interferindo na atuação de todos os ramos do governo, inclusive da Suprema Corte. Os efeitos dessa politização não podem ser desconsiderados em qualquer análise que se pretenda realista (ibid., p. 5). Ficou claro, porém, para Griffin, que *a Corte não poderia ser considerada como uma defensora estável dos direitos civis* (ibid., p. 4).

Griffin adverte que sua crítica não poderia ser empreendida há algumas décadas atrás, uma vez que as duas descontinuidades mencionadas (movimento dos direitos civis e a politização da questão dos direitos) transformaram o campo de debate acerca da supremacia judicial. Além dessa dimensão histórica, seu argumento, como já dito, também é comparativo, recomendando o autor que não se deve adotar uma concepção idealizada de atuação da Suprema Corte enquanto, ao mesmo tempo, emprega-se uma visão realista da operação dos órgãos políticos (ibid., p. 283). Em outras palavras, é preciso comparar “o processo legislativo não ideal ao processo judicial não ideal” (ibid., p. 283, nota 9).

Griffin faz, recorrentemente, referências às circunstâncias presentes que viabilizam sua proposta crítica da supremacia judicial que é, simultaneamente, democrática e protetora de direitos.

Segundo o autor, recentes decisões da Corte tiveram por efeito a destruição de preciosos direitos constitucionais voltados para grupos minoritários. Isso ocorreu em três situações exemplares: (a) na ação afirmativa, (b) no “redistritamento” racial e (c) no poder do Congresso de fazer cumprir a 14^a emenda constitucional. No artigo em análise, o foco de Griffin recai sobre o direito de voto e sobre os direitos contra tratamentos discriminatórios (garantido pela referida emenda - 14^a). Não obstante, em outros momentos, ele suaviza essa afirmação dizendo que “(...) ninguém duvida que a Corte Suprema continua a permanecer pronta para proteger direitos constitucionais em uma ampla variedade de contextos” (ibid., p. 284). Nesse trecho,

escolhe Cass Sunstein¹⁷ como seu interlocutor e destaca a atuação das agências políticas, que têm adotado numerosas ações concretas para esse fim - fato esse que teria sido deixado de lado por Sunstein (ibid., p. 284). Ele sublinha que: “O Congresso tem um longo e impressionante recorde, que agora se prolonga por aproximadamente quarenta anos, de proteger direitos constitucionais e legais” (ibid.).

Griffin parece ter uma visão um tanto “otimista” da forma de governo que ele chama de “democracia de direitos”. Segundo ele,

Na democracia americana contemporânea, a política de direitos é governada pela realidade de que todos os atores governamentais estão ocupados em proteger direitos legais e constitucionais. (...) A popularidade dos direitos tomados como uma questão política é talvez o mais importante legado do movimento de direitos civis e justifica a descrição da nossa forma de governo como uma democracia de direitos. (ibid., p. 284)

Essa leitura da democracia norte-americana foi aqui chamada de otimista, dado que não parece ser de toda unânime entre os *scholars* norte-americanos¹⁸.

Griffin busca reforçar sua argumentação exemplificando que, em certos casos, o Congresso chega a rediscutir alguns temas que foram insuficiente ou debilmente regulamentados, aprovando novos diplomas legais. Um exemplo dado diz respeito ao *Civil Rights Act* de 1968, que teria falhado na redução da discriminação doméstica, levando o Congresso a promulgar um novo ato, muito mais rigoroso: o *Fair Housing Amendments Act* de 1988.

Ao sublinhar tal aspecto, Griffin pretende demonstrar como o Congresso tem agido para proteger uma série de direitos constitucionais.

O que parece não preocupar Griffin é o *espaço temporal existente entre a primeira norma* (de 1968), *parcialmente ineficaz* - uma vez que

¹⁷ SUNSTEIN, Cass R. One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court (1999).

¹⁸ Ronald Dworkin, no livro *Sovereign virtue*, sustenta que a democracia norte-americana vai muito mal. No início do capítulo 10, *Free speech, politics, and the dimensions of democracy*, ele chega a declarar: “Our politics are a disgrace, and money is the root of the problem. The candidate who has or raises the most money, almost always wins. (...) They spend the bulk of the campaign money they raise, moreover, on television ads that are often negative and nearly always inane, substituting slogans and jingles for argument” (2000, p. 351).

outra se fez necessária - e a seguinte (de 1988), mais aprimorada, em que perdura um *verdadeiro vácuo em termos de proteção adequada ou suficiente dos direitos civis*. No exemplo fornecido, passaram-se 20 anos para que o Congresso revisitasse o tema. Nesse período, pode-se argumentar que, (a) ou os tribunais se mostraram criativos e ativos de maneira a garantir a devida proteção, o que, em tese, conformaria a necessidade pela supremacia judicial, (b) ou proteção não houve, uma vez que, segundo o próprio Griffin, o “*Act*” original falhou em proteger contra aquela particular discriminação.

Um dos exemplos dados pelo autor, envolvendo a proteção pelo Congresso de categorias sociais em desvantagem frente às demais, associa-se ao “ADA” - *The Americans with Disabilities Act*. O objetivo desta norma é a proteção daqueles que possuem deficiências físicas ou mentais e que são relegados a posições de nenhum poder político de *forma intencional*, sob critérios estereotipados que não condizem com as suas habilidades individuais para contribuir com a sociedade (ibid., p. 285-6). Em contraposição a essa ação do Congresso, “a Suprema Corte nunca reconheceu os deficientes como uma ‘classe suspeita’ sob a Cláusula da Proteção Igual [*Equal Protection Clause*] e, assim, não há problema constitucional no fato de governos estaduais e locais os discriminarem” (ibid., p. 286). Aqui, o esforço de persuasão de Griffin encerra, portanto, uma percepção de que *existem formas de discriminação que são mais bem protegidas pelos estatutos de direito civil emanados do Congresso, do que os providos pela Suprema Corte* (ibid., p. 286).

Griffin sugere ainda que o Congresso tem, por vezes, maior receptividade para os direitos *individuais* do que o Judiciário, supostamente consciencioso dos direitos (ibid., p. 286). De fato, a linha argumentativa de Griffin se enfraquece, ao enumerar uma série de estatutos civis promulgados pelo Congresso. Ora, nada mais natural considerando que a sua função primordial (do Congresso), já segundo a doutrina da separação dos Poderes de Montesquieu, é promulgar uma ampla variedade de normas, dentre essas, as normas garantidoras dos diferentes formatos de direitos civis. Isso é remediado por Griffin já no seu argumento posterior, em que reconhece que “isto simplesmente demonstra que o Congresso ajuntou-se ao Judiciário, pelo menos ocasionalmente, como um parceiro na criação de importantes direitos civis individuais [sem grifo no original]” (ibid., p. 286).

É somente então que Griffin ingressa no cerne do problema, que é, na verdade, *mostrar como o Congresso se mostrou um confiável defensor dos direitos civis em face de decisões da Corte que teriam restringido a amplitude dos direitos contra a discriminação*¹⁹. Com todos os exemplos que menciona, Griffin quer acentuar como o Congresso está engajando a si mesmo no tema dos direitos, além de estar respaldando, de forma conseqüente, certos direitos civis, que vem sendo seriamente prejudicados por decisões da Corte Suprema. A Corte falha, por exemplo, em não garantir direitos civis nas relações empregatícias, não protegendo os direitos dos litigantes contra discriminação no emprego.

Além disso, a Corte, por vezes, mesmo não declarando um regulamento inconstitucional, nulifica seus efeitos. Em decisões que, segundo Griffin, provocaram um grande “espanto” entre os acadêmicos norte-americanos, foram julgadas improcedentes pretensões de se processar governos estaduais que não ofereciam condições especiais para certas categorias de indivíduos - como no exemplo dos deficientes - que delas não podiam prescindir. A Corte sustentou que, como os deficientes nunca foram considerados como uma “classe suspeita” nas análises de “*equal protection*”, não se poderia exigir dos governos estaduais a providência dessas acomodações especiais, desde que suas ações dirigidas aos deficientes fossem “racionais” (ibid., p. 288).

Em suma, Griffin sustenta que além da atuação da Corte não ter exclusividade no avanço dos direitos das minorias, ocorre mesmo o contrário, pois, em numerosas ocasiões²⁰, ela destruiu seus direitos constitucionais (ibid., p. 288).

Na democracia de direitos contemporânea, diz Griffin, “não há restrições baseadas na propriedade, classe, raça, ou sexo no exercício de qualquer direito civil” (ibid., p. 290). Ele oferece um catálogo de argumentos para demonstrar uma harmonia entre democracia e a proteção de direitos básicos. Sua acepção dessa modalidade de democracia fica bem exposta no seguinte trecho:

¹⁹ Griffin exemplifica com: o Pregnancy Discrimination Act de 1978; com o Voting Rights Act emendado pelo Congresso em 1982 para negar a decisão da Corte no caso *City of Mobile v. Bolden* e outros. Vide Griffin, p. 286 et seq., para mais exemplos.

²⁰ A série de casos abordados por Griffin (2002), encontra-se resumida nas páginas 288 e 289, devendo-se observar, também, as notas de rodapé das mesmas.

Uma democracia de direitos visa identificar políticas que sejam de interesse comum. É uma *democracia* porque, em algum sentido, as visões de todos são valorizadas e respeitadas. É uma democracia de *direitos* porque os direitos civis tendem a ser bens políticos que são de interesse comum. (ibid., p. 299)

Conforme já mencionado, o autor acredita que essa democracia tem como sua provável origem a “revolução de direitos” levada a cabo pelo movimento dos direitos civis, que “(...) redefiniu a democracia, a cidadania e os direitos para todos os americanos”, além de que “(...) os Estados Unidos não foram uma democracia de direitos na maior parte de sua história” (ibid., p. 291). Essa “lógica de direitos” teria sido internalizada pelos diversos ramos de governo: “Uma vez que quase todos os americanos tinham plenos direitos de cidadania, a lógica constitucional de poder separado e dividido começou a funcionar para a política de direitos civis tão bem quanto no que concerne aos outros assuntos políticos” (ibid., p. 291). Isto significa que os cidadãos podem recorrer a um ramo do governo caso o outro viole seus direitos civis e, sob esse regime de governo, os norte-americanos formulam *suas demandas políticas em termos de direitos*. Ao mesmo tempo, segundo Griffin, em que não se pode contar com uma Corte preenchida por uma maioria conservadora para avançar as metas atingidas pelo movimento dos direitos civis.

Sobre a composição da corte, Griffin discorre sobre a forma pela qual o processo de indicação dos ministros da Suprema Corte foi politizado e democratizado (ibid., p. 294). Por “politizado”, Griffin não quer dizer partidarizado. Diz ele: “Politização é uma função do grau de importância que grupos políticos rivais associam à Corte e às nomeações judiciais. Desde a Corte de Warren, políticos têm percebido a Corte como uma instituição que pode afetar suas metas e agenda política” (ibid., p. 294-5). Prosseguindo, ele avalia negativamente essa politização: “Uma vez que a Corte é politizada, não é mais possível para ela conquistar a independência da política requerida para manter uma postura consistente no que diz respeito à proteção *dos direitos individuais* [sem grifo no original]” (ibid., p. 295). Aqui, Griffin parece projetar um caráter por demais abstrato aos “direitos civis individuais”, bem como à sua proteção. Isto é, como se o *sentido* da expressão “direitos individuais”

existisse por si, autonomamente - quando, na verdade, pode-se objetar que, mesmo a “liberdade”, pode ter várias acepções e um largo campo semântico. Porém, reforçando seu argumento, ele diz: “A Corte contemporânea tornou-se, assim, outro fórum no qual batalhas políticas acerca dos direitos individuais são travadas” (ibid., p. 295). Acentua ainda que:

De fato, a politização do processo de nomeação torna improvável que a Corte possa desempenhar uma função especial de educar a coletividade dos cidadãos ou assumir um papel de vanguarda na promoção de um diálogo nacional sobre os direitos. Ao invés, a politização leva a Corte à mesma política contenciosa de direitos que ocupa os ramos políticos. (ibid., p. 295)

Sobre essas idéias, nova crítica pode ser feita. Pode-se argumentar que isso - essas batalhas políticas e “ideológicas” - sempre ocorreram em maior ou menor grau, só que, anteriormente, isso não era exposto à luz do sol.

Griffin discute, portanto, a forma pela qual a Corte trata os direitos civis criados, por meio de deliberação democrática, pelos ramos políticos.

Griffin também apresenta a questão em termos de uma disputa entre Congresso e Suprema Corte para poder saber qual desses ramos deve estabelecer a *extensão* dos direitos constitucionais. (ibid., p. 307). Tenta-se explicitar melhor este problema em seguida.

Em alguns casos²¹, “a Corte tornou mais difícil para os cidadãos obterem um remédio para a discriminação sofrida por via dos governos estaduais” (ibid., p. 309). Tentando entender essa afirmação de Griffin, pode-se tentar transferi-la para um recente caso brasileiro. O regulamento de “cotas” para negros e estudantes de escola pública da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) foi produto de um esforço da Assembléia Legislativa Estadual para melhor assegurar o direito constitucional de tratamento igual e de iguais oportunidades para todos. Muitos juízes consideraram tal medida, fruto de ampla deliberação legislativa, *discriminatória*, ordenando, por conseguinte, que candidatos, então não classificados, tivessem suas vagas garantidas.

²¹ Kimel v. Florida Board of Regents (120 S. Ct. 1740, 2000); United States v. Morrison (120 S. Ct. 1740, 2000); Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett (121 S. Ct. 955, 2001) (Griffin, 2002, p. 309).

No entanto, pode-se argumentar, por exemplo, que o governo já discrimina com base em critérios de idade sem, com isso, ofender a Constituição, se a classificação etária estiver racionalmente relacionada a um interesse estatal legítimo. Em específico: para que se possa pleitear o cargo de juiz de direito é preciso ter certa idade mínima. Outro exemplo é o da lei que estabelece que os votos de estudantes e funcionários têm um peso menor que os dos professores em consultas eleitorais para o preenchimento de cargos de direção das instituições de ensino superior públicas. Nem toda a discriminação (pode-se dizer que há uma diferença entre classificar, diferenciar, criar distinções e discriminar) tem uma base irracional. “Discriminar”, em sentido estrito, quer dizer inferiorizar por causa de uma diferença que: cause repulsa, não seja coerente, não seja aceitável, etc... Ora, a preocupação de Griffin parece ser, exatamente, em torno do problema de qual instituição (ões), parlamento(s) ou tribunal (is), merece(m) maior “crédito” na aplicação das regras envolvendo direitos civis. Isto é, qual órgão dirá o que é “discriminação”, “diferenciação”, “classificação”, etc. em casos em que haja dúvida face às disposições legais.

Griffin assevera, inspirado pelas idéias de diversos autores²², que o mais importante da democracia é o compromisso em se tratar igualmente os cidadãos, assegurando que o funcionamento efetivo do governo faça avançar os interesses de todos, secundarizando-se, portanto, a regra da maioria (ibid., p. 296)

Outra importante idéia é a de que existe uma harmonia entre a democracia e a proteção dos direitos civis básicos. Griffin faz, então, uma defesa dos *procedimentos democráticos* como uma forma confiável de identificar, e depois implementar, leis e políticas que servem ao interesse comum de todos, ou de um grande número, de cidadãos. Diz Griffin que, dois elementos independentes, direitos civis e procedimentos democráticos, podem mutuamente se apoiar, uma vez que ambos estão fundados na idéia do benefício mútuo percebido (ibid., 298).

Neste sistema democrático de direitos o “*judicial review*” justifica-se como um “*check*” na regra da maioria, projetado para assegurar que os direitos civis não sejam infringidos. Diz Griffin que “(...) não há garantia

²² Robert Dahl, Thomas Cristiano, Rex Martin, Amy Gutmann e Dennis Thompson.

que maiorias legislativas escolherão sempre o interesse de todos por sobre o interesse de uma larga maioria de eleitores” (ibid., p. 299). O *judicial review* será, portanto, um dispositivo, entre *outros*, para assegurar que as instituições democráticas continuem operando adequadamente. Em outras palavras, Griffin privilegia, em sua análise, *o papel deliberativo das instituições*, que podem proporcionar o cenário requerido pelos direitos civis. Sendo que, para ele, “deliberação significa que é esperado que os cidadãos discutam entre si frente a uma divergência sobre temas políticos e morais” (ibid., p. 300). Entre outros métodos de fabricação de decisões, este potencializa as chances de se atingir políticas justificáveis. Para isso, as pessoas precisam ser informadas das visões umas das outras. Neste sentido, é necessário um ambiente propício: “Ampliando o círculo de deliberação torna-se mais provável que os cidadãos sejam capazes de encontrar o caminho para o interesse comum” (p. 300).

Neste quadro, O *judicial review* não será nada mais do que mais *uma* instituição democrática, e isso, uma vez que tal controle (*check*) não seja anti-democrático e nem mesmo exterior aos ideais democráticos. A partir daí, há trechos do texto em que fica claro o caráter teleológico (criação e reforço de direitos civis) da proposta de Griffin.

(...) esse raciocínio implica em que se a revisão judicial (ou qualquer outro dispositivo de controle) começa a funcionar *contra* os direitos civis que são do interesse de todos e de cada um, então outros procedimentos e instituições serão requeridos para guiar, novamente, o sistema em direção ao seu fim. (ibid., p. 299)

Em seguida, diz:

(...) a tendência mais fundamental de um sistema democrático de direitos é criar, constantemente, novos direitos e assegurar que os direitos já nos livros sejam cumpridos. Em uma democracia como essa, os legisladores e formuladores de políticas que, com êxito, criam ou reforçam direitos geralmente podem contar com a predileção do público porque tais direitos são corretamente percebidos como sendo do interesse de todos. (ibid., p. 299)

Além disso,

O argumento de que existe uma harmonia entre direitos civis e democracia tem, assim, implicações sutis no debate tradicional sobre a legitimidade da revisão judicial. Naquilo que eu chamei de democracia de direitos (uma que concretiza essa harmonia), a revisão judicial não é apresentada para ajustar o sistema em direção ao fim (a proteção de direitos) que o sistema não pode alcançar naturalmente por si só. Antes, o *essencial* em se ter uma democracia é que ela *tende* a, regularmente, conquistar com êxito a criação e o reforço de direitos civis básicos. A revisão judicial é simplesmente uma instituição adicional que pode auxiliar a conquista desse fim. (ibid., p. 299)

Nesse âmbito de centralidade da deliberação, Griffin retoma um argumento anterior: “(...) os advogados tendem a contrastar uma Corte ideal ao mundo não ideal do Congresso e argumentar que a qualidade da deliberação no primeiro é sempre superior ao do último” (ibid., p. 300). Pretende, pois, uma comparação que seja “justa” entre essas instituições.

Para respaldar certos aspectos negativos na deliberação da Corte, Griffin utiliza as idéias de Frank B. Cross²³ (Griffin, 2002 p. 301). Entre os argumentos de Cross estão: a) o tamanho limitado da Corte Norte-Americana (nove membros), transformando-a em um fórum pobre de deliberação se comparado à sociedade multicultural, multiétnica e multirracial. Ou seja, ela consubstancia uma falta de diversidade e perspectiva; b) o formato da Corte não permite aos juízes (*Justices*) atingir o tipo de perícia (*expertise*) especializada em políticas, que é tomado por certo nos ramos eleitos; c) os recursos disponíveis nos Legislativos, para levantamento de dados e averiguação de fatos, serão sempre superiores às das Cortes federais.

Deste ponto, Griffin consolida sua tese declarando que: “A Corte tem agido contra direitos civis, produzidos não simplesmente por um processo político ‘majoritário’, mas por um processo democrático, que incorpora uma forma de deliberação que é superior a qualquer coisa que a Corte pode oferecer” (ibid., p. 301).

²³ CROSS, Frank B. Institutions and enforcements of the Bill of Rights. 85 Cornell Law Review, 1529, 1545-5- (2000).

Para ilustrar suas palavras, Griffin remete ao julgamento *City of Richmond v. J.A. Croson Co.* O Conselho Municipal (*City Council*) de Richmond promulgou um regulamento determinando que trinta por cento dos contratos de construção da cidade deveriam ser realizados com firmas dirigidas por minorias raciais, beneficiando as construtoras operadas por negros. A Corte considerou tal regulamento inconstitucional. Criticando a Corte, Griffin diz: “(...) a Suprema Corte destruiu um valioso direito legal, um que foi adotado através de um processo deliberativo para incrementar a garantia constitucional da proteção de igualdade [*equal protection*]” (ibid., p. 302). “O Conselho” – diz Griffin – “acreditava que o dinheiro público não deveria ser usado para reforçar práticas contínuas de discriminação racial” (ibid., p. 303). Procurando explicar a razão de sua concordância com o Conselho, promulgador da norma, Griffin resgata suas justificativas:

Reivindicações por participação de negros foram baseadas em uma crença de que a verdadeira igualdade requeria uma ação “afirmativa” vigorosa por parte do governo no presente, e não uma esperança em promessas vagas de um futuro remoto no qual a discriminação racial estaria, de alguma forma, eliminada. (ibid., p. 303)

Por fim, aproveitando-se desse exemplo, Griffin arremata: “Ao destruir direitos designados a cumprir o propósito da Décima Quarta Emenda, a Corte ajudou a perpetuar a discriminação racial existente” (ibid., p. 304).

IV. Considerações finais

A discussão teórica acerca do papel do Poder Judiciário, ou como *legitimador da ordem instituída* ou como *possível instrumento de promoção de uma agenda igualitária*, pode ser vista sem um apego a qualquer um desses extremos. Os textos mostraram essas duas facetas.

No caso dos textos de Colombo e Griffin, fica claro que a supremacia e o ativismo judiciais podem ser apropriados como facilitadores para opressões várias, em maior ou menor intensidade, pelo corpo de juízes do momento. Por outro lado, a discussão teórica consignada no texto de Werneck Vianna et al, somada às suas inclinações manifestas a favor de uma visão positiva do Judiciário, faz pensar no mesmo como um facilitador da concretização de direitos, até então, meramente formais.

É possível argumentar, portanto, que existe um efetivo potencial de, em certos contextos e sob certas condições, o Judiciário se converter num *cenário complementar* de lutas. Sendo por vezes atraído a reboque de movimentações no campo político e social e, por outras, servindo, por meio de decisões inovadoras, como deflagrador de maiores reivindicações e formação de grupos e identidades em torno de interesses comuns.

Percorrendo a história brasileira recente, percebe-se que apesar de a Constituição possuir um caráter democrático, ela foi sendo “vilipendiada” pelos sucessivos governos. Sob várias modalidades - ausência de regulamentações de direitos, interpretações restritas de direitos fundamentais, etc. -, seu potencial de desenvolvimento de liberdades foi “castrado” pelo jogo de forças políticas.

Passou a existir uma forte tensão entre o conteúdo social da Constituição e as estratégias de desenvolvimento que os Executivos brasileiros puseram em marcha desde então.

Com respeito ao conteúdo social, que conferiu uma grande força normativa aos direitos sociais e aos direitos coletivos, instituiu-se uma exigência por mais Estado e uma intervenção redistributiva pelas autoridades. Com relação às estratégias adotadas pelos governantes, pode-se argumentar que elas envolviam uma diminuição da presença social do Estado e um favorecimento dos mecanismos de mercado na atribuição de recursos.

Engendrou-se, pois, uma tensão crescente entre a chamada “Constituição Normativa” (que consistiria no texto, nos valores e nos direitos proclamados) e a “Constituição Real” (que seria a relação entre as forças políticas).

Daí, como se viu, a importância adquirida pelos tribunais vem sendo cada vez maior, na tentativa de se efetivarem os direitos associados à noção de “cidadania”.

No entanto, a própria questão de juízes, com formação em direito, ficarem responsáveis pela “defesa da *cidadania*” é problematizável, uma vez que, nas faculdades de direito, ou quase não se discute tal noção, ou se a estuda de forma restrita.

Ainda assim, em países cujas estruturas políticas e democracia são mais *formais* do que *reais*, além dos direitos humanos só serem implementados na exata conveniência/capacidade de resistência das elites, o ativismo judicial pode vir a ser algo, não só desejável, mas algo

necessário. Daí, a importância de se discutir o tipo, formas, limites, e critérios desse ativismo, bem como o perfil de profissional mais adequado para se promover o tipo de ativismo escolhido, o que implica, também, em considerações acerca tanto o preparo (formação acadêmico-profissional) quanto sobre o controle de seus atos.

Por fim, pode-se argumentar que é preciso diferenciar, também, a atuação que opera com normas ordinárias e a atuação que opera com normas constitucionais ou normas que envolvam direitos fundamentais. Isto é, entender que a compreensão e a prática do direito não são reduzidas à descrição e aplicação estrita das normas estatais, apesar de que isso também é necessário. O importante é não restringir as múltiplas dimensões do direito à dimensão legal, e ter ciência da pluralidade de atuações possíveis e juridicamente aceitáveis por parte dos juízes, o que envolve a construção de uma teoria hermenêutica refinada. Teoria que desmistifique um juiz que se pretenda “autômato”, e que aponte múltiplas formas de se trabalhar com as normas legais.

V. Referências bibliográficas

- ALVES, Daniela Rodrigues. A cidadania como adereço: uma análise dos manuais de direito constitucional. In: *Anais de trabalhos completos do VII Encontro de INIC da UNIVAP*, São José dos Campos, 15 a 17 out. 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CITTADINO, Gisele. *Poder judiciário, ativismo judicial e democracia*. Trabalho apresentado no seminário temático *Controles democráticos e responsabilidade pública*, XXV Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), Caxambu, MG, 16 a 20 out. de 2001.
- COLOMBO, Carlos Alberto. Os julgamentos do Supremo Tribunal Federal: violações aos direitos constitucionais e ilegitimidade política. In: *Democracia: mundo do trabalho*. n. 3. Porto Alegre: Camargo Coelho Maineri e Advogados Associados S/C, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*.

- Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- GRIFFIN, Stephen M. Judicial supremacy and equal protection in a democracy of rights. In: *University of Pennsylvania. Journal of Constitutional Law*. vol. 4. Jan. 2002, n. 2, p. 281-313.
- HALIS, Denis de Castro. A função própria dos juízes: um reencontro entre direito e justiça. In: *Anais do III Encontro de pós-graduação da Universidade do Vale do Paraíba (UNIVAP)*. São José dos Campos, SP, 15 a 17 out. 2003: UNIVAP, 2003.
- _____. A necessidade de uma teoria da justiça substantiva como complemento à teoria do direito positivo. In: *Revista Imes Direito*. São Caetano do Sul, SP, ano II, n. 5, 2002, p. 21-33.
- MAIA, César. In: SCHMIDT, Selma. O processo civilizatório demora anos. *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 24 nov. 2002. Caderno Rio, p. 27.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *Do espírito das leis*. Coleção *Os Pensadores*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- SHAPIRO, Martin. *Freedom of speech: The Supreme Court and judicial review*. New Jersey, Englewood Cleffs: Prentice Hall, 1966.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*. vol. 2: cap. VII. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- WERNECK VIANNA, Luiz et al. *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.
- _____. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- _____. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

A Lei Habilitante na Constituição da Venezuela de 1999*

Fábio Carvalho Leite**

Introdução

O princípio da indelegabilidade da função legislativa, decorrente da concepção mais rígida do regime de separação dos poderes, e que, portanto, caracterizou, por longa data, os sistemas presidencialistas, já não mais representa um imperativo deste sistema de governo. Em verdade, este princípio foi sendo paulatinamente abandonado na maior parte do globo, sobretudo pelas Constituições adotadas a partir do período pós-segunda guerra mundial.

Com efeito, é neste período que ocorre a consolidação do chamado Estado Social ou Estado providência, o qual desloca, obrigatoriamente – embora não necessariamente pela via institucional – o centro de gravidade das funções de governo ao Poder Executivo, eis que, para que possa concretizar este bem-estar pretendido pelo Estado social, este se torna o Poder que passa a desempenhar o controle e planejamento da economia nacional, de quem, então, o povo espera a melhoria das condições de vida, e onde, portanto, são depositadas as esperanças do eleitorado¹.

* Trabalho apresentado no ano de 2001 na disciplina Direito Constitucional Comparado, ministrada pela prof.^a Ana Lúcia Lyra Tavares, no curso de Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

** Fábio Carvalho Leite é Advogado; mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo Departamento de Direito da PUC-Rio; doutorando em Direito Público pela UERJ; e professor de Direito Constitucional da PUC-Rio.

¹ Trabalho apresentado no ano de 2001 na disciplina Direito Constitucional Comparado, ministrada pela prof.^a Ana Lúcia Lyra Tavares, no curso de Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

¹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, Organização dos Poderes - Poder Legislativo, in II Fórum Jurídico – A Constituição Brasileira de 1988: interpretações. Fundação Dom Cabral. Academia Internacional de Direito e Economia. Forense Universitária, 1988, 1.^a edição, pg. 152.

A justaposição de todos estes fatores desemboca em um inevitável fortalecimento do Poder Executivo, bem como em seu crescimento em relação aos demais Poderes, e implica, portanto, uma reestruturação da separação dos Poderes e, por conseguinte, do processo legislativo.

A Venezuela rompeu com o princípio da indelegabilidade da função legislativa a partir da Constituição de 1961, que permitiu ao Congresso, mediante a aprovação de uma “lei habilitante”, delegar ao Presidente da República a competência para legislar sobre matéria econômica ou financeira. Passados quase 40 anos, a Venezuela aprovou uma nova Constituição, onde a lei habilitante adquiriu novo formato, que merece uma análise mais aproximada. Nesse sentido, o presente ensaio pretende abordar a recepção da delegação da função legislativa para o Poder Executivo na Constituição da Venezuela de 1999, a partir do texto constitucional de 1961.

A relevância do tema – objeto do presente ensaio – parece estar estampada nos jornais de toda a Venezuela. Com efeito, a lei habilitante, conforme prevista na Constituição de 1999, tem permitido uma centralização da tomada de decisões políticas nas mãos do Presidente da República, o que tem gerado forte oposição por parte de diversos setores da sociedade venezuelana. Tal fato justifica ainda mais o interesse pelo tema, eis que a Constituição de 1999 não apenas representou uma promessa de um Estado mais democrático, como efetivamente o seu processo de elaboração foi marcado por uma expressiva preocupação com a sua legitimidade.

Todavia, cumpre observar que, dado o curto prazo de vigência desta Constituição, aprovada por referendo popular em 15.12.1999, são bastante escassas as fontes e dados acerca do tema que constitui o objeto do presente ensaio. Com efeito, muito pouco foi produzido a respeito, não apenas a respeito da lei habilitante, como também da própria Constituição de 1999.

Não obstante a escassez de material, pretendemos, a partir de dados coletados na *internet*, sobretudo, embora não exclusivamente, em periódicos nacionais e estrangeiros, investigar como se desenvolveu o processo de recepção deste instituto que, a um só tempo, está inserido em uma Carta Política que pretendia ser a mais democrática da história venezuelana, e, ainda assim, tem sido alvo de inúmeras críticas que gravitam em torno de seu caráter autoritário.

1. Notas sobre as delegações legislativas ao Poder Executivo no direito constitucional estrangeiro

A possibilidade do exercício da função legislativa pelo chefe do poder executivo, se representava uma novidade no ordenamento venezuelano em 1961, não o era, todavia, na ordem internacional. Com efeito, vale recordar, por exemplo, que a Constituição Brasileira de 10.11.1937, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas, permitia ao Presidente da República a edição de decretos-leis, nos seguintes termos:

Art 12 - O Presidente da República pode ser autorizado pelo Parlamento a expedir decretos-leis, mediante as condições e nos limites fixados pelo ato de autorização.

Art 13 - O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes:

- a) modificações à Constituição;
- b) legislação eleitoral;
- c) orçamento;
- d) impostos;
- e) instituição de monopólios;
- f) moeda;
- g) empréstimos públicos;
- h) alienação e oneração de bens imóveis da União.

Parágrafo único - Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva.

...

Art 14 - O Presidente da República, observadas as disposições constitucionais e nos limites das respectivas dotações orçamentárias, poderá expedir livremente decretos-leis sobre a organização do Governo e da Administração federal, o comando supremo e a organização das forças armadas.

...

Art 180 - Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o Presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União. (Disposições Transitórias e Finais)

No entanto, deve-se recordar que o Brasil vivia um regime de exceção, do qual a Constituição de 1937 era fruto, o que explica, inclusive, o próprio desrespeito, que efetivamente ocorreu, aos limites impostos pela Constituição à edição dos decretos-leis pelo Presidente da República.

A Constituição italiana, no entanto, promulgada em 27.12.1947 e em vigência a partir de 01.01.1948, não se encontrava em regime de exceção – ao contrário, acabara de abandonar o regime fascista – e, isso nada obstante, também inseriu o exercício da função legislativa no rol das atribuições conferidas ao chefe do Poder Executivo, atribuindo a este exercício, todavia, um caráter excepcional, ao dispor:

Art. 76 – O exercício da função legislativa não pode ser delegado ao Governo, senão mediante determinação de princípios e critérios diretivos e somente por tempo limitado e por assuntos definidos.

A doutrina italiana, vale destacar, houve por bem balizar o exercício desta forma de *legislação governamental*², definindo com maior precisão os contornos da chamada *lei delegada*. Nesse sentido, estaria excluída da delegação a competência referente a leis de revisão constitucional, bem como as matérias elencadas no art. 80 da Constituição³, eis que se trata do exercício do controle do Parlamento sobre a atividade do Governo. Ademais, a doutrina italiana, com bastante acerto, frisou a necessidade da estipulação de prazos para a perfeição do exercício da delegação legislativa, assim como a necessidade de se determinar com precisão o conteúdo da matéria que fosse objeto de delegação, insistindo, deste modo, na supremacia do Parlamento no exercício da função legislativa.

Além da lei delegada, a Constituição italiana adotou em seu texto a possibilidade de o Governo editar decretos com força de lei, sem a prévia autorização do Parlamento. Em textual:

² FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira, “Do Processo Legislativo”, Editora Saraiva, 1995, São Paulo, 3.^a edição, pg. 179.

³ “Art. 80 – As Câmaras autorizam mediante lei a ratificação dos tratados internacionais de natureza política que prevêm arbitragens ou regulamentos judiciários, ou que comportem variações do território ou ônus às finanças ou modificações de leis.”

Art. 77 – O Governo não pode, sem delegação das Câmaras, promulgar decretos que tenham valor de lei ordinária.

Quando em casos extraordinários de necessidade e de urgência, o Governo adota, sob sua responsabilidade, medidas provisórias com força de lei. Deve, contudo, apresentá-las no mesmo dia para a apreciação das Câmaras que, mesmo que dissolvidas, são convocadas e devem reunir-se dentro de cinco dias.

Os decretos perdem o seu poder legal desde o início, se não forem convertidos em lei no prazo de sessenta dias a partir da sua publicação. As Câmaras podem, contudo, regulamentar com lei as relações jurídicas surgidas na base dos decretos não convertidos em lei.

Estes dispositivos, todavia, não podem ser interpretados sem as devidas reticências. Primeiramente, convém frisar que o sistema de governo vigente na Itália é o parlamentarismo, o que implica afirmar que o governo se sustenta a partir do apoio que obtém no Parlamento, daí o valor do dispositivo constitucional ao determinar que o Governo poderá adotar medidas provisórias “*sob sua responsabilidade*”. Mantém-se, desta forma, a supremacia do Parlamento no exercício da função legislativa, eis que o Governo não pode, sob pena de ser dissolvido, editar decreto que contrarie os interesses daquela Casa Legislativa. Ainda, o dispositivo constitucional assegura que tais medidas perdem a eficácia, com efeito *ex tunc*, caso não sejam aprovadas dentro do prazo de sessenta dias, ou se, antes disso, forem rejeitadas expressamente pelas Câmaras que compõem o Parlamento italiano.

Além desta sujeição à fiscalização exercida pelo Parlamento expressa na Constituição, a doutrina italiana ampliou este campo de fiscalização, ao advogar em favor de um controle jurídico a ser exercido pela Corte Constitucional, que não estaria limitado apenas às formas, ao elemento extrínseco – tal qual se dá em relação à lei ordinária e em relação à lei delegada –, abrangendo também a urgência e a necessidade, exigidos pelo texto constitucional.

A atenção a estes dois exemplos justifica-se pelo fato de serem anteriores à Constituição de 1961. Cumpre, no entanto, registrar que a delegação da função legislativa ao Poder Executivo seguiu o século XX influenciando diversas Constituições, independentemente do sistema de governo, valendo trazer à colação, a título meramente ilustrativo, as

Constituições de Angola (1975), Cabo Verde (1975), Portugal (1976) e Espanha (1978)⁴.

2. Os precedentes das Constituições Venezuelanas

A história constitucional venezuelana registra uma duradoura e resistente fidelidade ao princípio da indelegabilidade da função legislativa. Inicialmente, a impossibilidade de delegação da função legislativa decorria implicitamente dos próprios textos constitucionais, estruturados a partir do princípio da separação dos poderes. No entanto, a partir da Constituição de 1909, o legislador constituinte venezuelano houve por bem assegurar de forma expressa a adoção do princípio da indelegabilidade da função legislativa, o que se manteve nas constituições de 1931, 1945, 1947 e 1953, nos seguintes termos:

Art. 70. La facultad de legislar que tiene el Congreso no es delegable. (Constituição de 1909)

...

Artículo 91. – La facultad de legislar que corresponde al Congreso no es delegable. (Constitución de 1931)

...

Artículo 93. - La facultad de legislar, que corresponde al Congreso, no es delegable. (Reforma - 1945).

...

Artículo 180. La facultad de legislar, que corresponde al Congreso no es delegable. (Constituição de 1947)

...

Art. 63. La facultad de legislar que corresponde al Congreso Nacional no es delegable. (Constituição de 1953)

A Constituição aprovada em 1961, entretanto, rompendo com a rigidez que até então caracterizava o princípio da separação dos poderes adotado pelas constituições venezuelanas, passou a permitir a edição, pelo Presidente da República, de decretos com força de lei, desde que

⁴ CANTIZANO, Dagoberto Liberato. “O Processo Legislativo nas Constituições Brasileiras e no Direito Comparado”. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1985, pp. 263-5.

autorizado pelo congresso mediante lei especial, também conhecida por “*ley habilitante*”. Trata-se, portanto, de um instrumento constitucional que permite ao chefe do Poder Executivo o exercício da elaboração legislativa, desde que com a aquiescência do Poder Legislativo e dentro dos limites fixados pela Constituição e pelo próprio ato de delegação. Os limites materiais determinados pela constituição referiam-se à matéria econômica ou financeira, *in verbis*:

Art. 190. Son atribuciones y deberes del Presidente de la República: (...)
8. Dictar medidas extraordinarias en materia económica o financiera cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ellos por ley especial (...).

Como vimos, a possibilidade do exercício da função legislativa pelo chefe do Poder Executivo não se apresentava como novidade na ordem internacional, tendo se verificado, por exemplo, nas Constituições brasileira de 1937 e na italiana de 1947. A Constituição venezuelana de 1961, no entanto, não foi fruto de um regime de exceção, como a Constituição brasileira de 1937, nem tampouco adotou o sistema parlamentarista de governo, como o fez a Constituição italiana de 1947. Ao contrário, foi aprovada a partir de um processo democrático, após a derrubada, em 1958, do regime militar comandado por Marcos Pérez Jiménez, e manteve o sistema de governo presidencialista. Ainda assim, permitiu ao Presidente da República exercer a função legislativa, desde que autorizado pelo Congresso e somente em matéria econômica ou financeira.

Verifica-se, portanto, que a Constituição venezuelana manteve a supremacia do Poder Legislativo no exercício da função que lhe é típica, a partir do momento em que o Presidente da República deveria obter a sua autorização para o exercício desta função. Ainda, o texto constitucional houve por bem limitar este exercício a determinadas matérias, tornando clara a distinção entre regra e exceção.

A escolha das matérias econômica e financeira para o exercício da função legislativa pelo Presidente da República não foi aleatória. Representa, antes, a necessidade e a urgência⁵ em se resolver os problemas

⁵ Como noticiou o jornal O Estado de São Paulo, em 21.08.1998, abordando nova crise econômica em que se encontrava o País: “Petkoff [Teodoro Petkoff, Ministro do Planejamento

de ordem econômica que, enigmáticamente⁶, marcam a história deste país que é um dos maiores produtores de petróleo em todo o mundo.

Passados quase 40 anos, o problema econômico, ainda que com a possibilidade de sua regulação diretamente pelo poder executivo, através da “*ley habilitante*”, estava longe de ser resolvido. À exceção do crescimento experimentado nos primeiros anos da década de 70, a crise econômica agravara-se, e, não fosse suficiente, trouxe ainda uma crise política, em decorrência da onda de corrupção que marcou o país. Conforme noticiado pela imprensa, no ano de 1998:

(...) o país mergulhou no caos político e econômico. A inflação é a mais alta do continente. Os investidores externos ameaçam ir embora maciçamente. A corrupção é alta em vários escalões e a população perdeu a confiança no governo. O preço do petróleo, base da economia nacional, não pára de cair.⁷

É neste cenário que surge, então, em cena, como candidato à Presidência da República, o ex-tenente-coronel do Exército venezuelano Hugo Chavez, que em 1992 havia tentado, sem, no entanto, lograr êxito, um golpe militar contra o então presidente Carlos Andrés Pérez. Chavez vence as eleições, o país ganha uma nova Constituição e a Lei Habilitante reveste-se de nova forma.

3. A Lei Habilitante na Constituição de 1999

3.1 Breve Histórico da Constituição de 1999

“Juro perante Deus, juro perante a pátria, juro diante do meu povo e sobre essa Constituição moribunda que farei cumprir as transformações

da Venezuela] disse que o governo venezuelano espera aprovar uma lei que permita ao presidente Caldera mudar algumas regras sobre a Previdência Social e outras reformas econômicas pendentes, sem ter de esperar o debate e, depois, a aprovação do Congresso. ‘É preciso que os mercados percebam que o governo precisa de meios para executar a sua política econômica, mas, para isso, precisamos aprovar a lei habilitante’, disse”. (capturado em <http://www.estado.estadao.com.br/edicao/pano/98/08/21/eco848.html> em 05.11.2001)

⁶ Conforme matéria publicada na revista Época, edição n.º 16, de 07.09.1998,, “Há décadas tenta-se entender por que a Venezuela, uma democracia assentada em enormes reservas de petróleo, não consegue decolar”. (capturado em <http://epoca.globo.com> em 03.11.2001)

⁷ Idem.

democráticas necessárias para que a República tenha uma nova Carta Magna, adequada aos novos tempos”. Esta forma bastante singular como prestou juramento o ex-coronel Hugo Chavez, em sua posse em 02.02.1999, só poderia causar espécie aos desatentos em relação ao processo eleitoral no ano anterior. É que a adoção de uma nova Constituição, a partir da convocação de uma assembléia nacional constituinte, já integrava os planos do Presidente Chavez, e efetivamente esteve presente em todos os momentos de sua campanha eleitoral.

Hugo Chavez foi eleito Presidente da República em 06.12.1998, com 56,24% dos votos, derrotando por larga margem as forças políticas tradicionais⁸ da Venezuela. Na mesma noite em que tomou posse, assinou um decreto convocando um plebiscito, o qual deveria ocorrer num prazo de 60 a 90 dias, conforme determina a lei, para que o povo decidisse pela eleição de uma Assembléia Constituinte. O resultado do plebiscito foi uma vitória esmagadora pela convocação da Assembléia Constituinte, com 92% dos venezuelanos que compareceram às urnas favoráveis à convocação, 7,81% contrários e 4,60% anularam seus votos.

Desse modo, foram realizadas eleições em junho de 1999 para a Assembléia Constituinte, cuja composição final não poderia ter sido melhor para o Presidente Hugo Chavez. Com efeito, o partido do Presidente Chavez – o Pólo Patriótico – elegeu nada menos que 120 dos 131 membros da Assembléia Constituinte, permitindo ao Presidente, como noticiou a imprensa, *“fazer praticamente a Constituição que quiser”*⁹.

Os trabalhos constituintes foram desenvolvidos a partir de um projeto encaminhado pelo Presidente Hugo Chavez, que previa, dentre outros pontos: a extensão do mandato presidencial de 5 (cinco) para 6 (seis) anos, podendo ser reeleito por um único mandato, a possibilidade de revogação de mandato de qualquer funcionário eleito (*“referendum revocatório”*), ampliação dos direitos e liberdades fundamentais, criação

⁸ Como bem observou a imprensa: “A vitória de Chávez põe fim a quatro décadas de domínio político dos chamados partidos tradicionais”. (capturado em <http://www.bbc.co.uk/portuguese/static/especial/venezuela/historia.shtml> em 10.10.2001)

⁹ Revista Época, Edição n.º 63, de 02.08.1999, capturado em <http://epoca.globo.com> em 10.10.2001)

de mais dois Poderes – Poder Moral e Poder Eleitoral –, além dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O projeto não alterava substancialmente o artigo 190, n. 8 da Constituição de 1961, estabelecendo:

Artículo – Corresponde al Presidente de la República: (...)

18. Dictar medidas de urgencia en materia económica o financiera previa autorización habilitante por Ley Especial.

O texto finalmente elaborado pela Assembléia Constituinte, num prazo de três meses, efetivamente adotou as propostas encaminhadas pelo Presidente Chavez no que se refere ao mandato presidencial, à criação dos Poderes Eleitoral e Cidadão (este último em substituição ao Poder Moral previsto no projeto enviado pelo Presidente Chavez), à adoção do chamado “*referendum revocatório*” e à ampliação dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, o texto aprovado pela Assembléia Constituinte extinguiu o Senado, tornando o Poder Legislativo – agora denominado Assembléia, e não mais Congresso – unicameral.

Esta Constituição foi submetida a referendo popular em 15.12.1999 e aprovada por 71% dos cidadãos que compareceram às urnas, o que permitiu ao Presidente da República dissolver o Congresso, controlado pela oposição ao governo, e convocar novas eleições para todos os órgãos do poder público, incluindo a própria Presidência da República.

Em que pese a legitimação pretendida pelo Presidente Hugo Chávez, cumpre observar que o novo texto constitucional não ficou imune a críticas, oriundas de diversos setores da sociedade civil, como aponta noticiário veiculado pelo jornal *El Mundo* no dia em que ocorreu o referendo:

Once millones de venezuelanos acuden hoy a las urnas para aprobar o rechazar la nueva Carta Magna, en medio de una gran tensión creada por la guerra de palabras que há tenido lugar en las últimas semanas.

Los protagonistas de este cruce de acusaciones han sido el presidente Hugo Chavez y los seguidores del sí, por un lado, y un amplio sector de la sociedad civil encabezado por la iglesia católica, los empresarios, medios de comunicación, asociaciones de vecinos y estudiantes por outro.

El clima enrarecido há llegado a su punto de ebulición al declarar Chávez que se debe exorcizar a algunos bispos y al proprio cardenal Castillo Lara,

que le han acusado de querer imponer al país una Constitución personalista com ramificaciones totalitarias, algo que el presidente niega, pues, para él, ‘la nueva Carta Magna es la más humana y democrática hecha en el país en toda su historia republicana’.”¹⁰

Com efeito, a organização política traçada pela nova Constituição apresenta um carácter inequivocamente centralizador, convergindo o poder político à figura do Presidente da República. Entretanto, não é menos verdade que o texto constitucional avançou – e muito – em outros aspectos democráticos, a partir da significativa ampliação dos direitos e liberdades fundamentais, bem como da adoção do instituto do «*referendum revocatório*», o que demonstra uma superação dos limites da democracia (meramente) representativa. Resta, portanto, a partir deste quadro, verificar como foi recepcionado o instituto da chamada «lei habilitante» na nova Constituição venezuelana.

3.2 A Lei Habilitante

No que tange à possibilidade do exercício da função legislativa pelo Poder Executivo, o texto aprovado pela Assembléa Constituinte ampliou significativamente o poder do Presidente da República, eis que não impôs qualquer limite material à delegação legislativa, tal como faziam a Constituição de 1961 e até mesmo o Projeto encaminhado pelo próprio Presidente Hugo Chavez, *in verbis*:

Artículo 236 – Son atribuciones y obligaciones del Presidente o Presidenta de la República: (...)

8. Dictar, previa autorización por una ley habilitante, decretos con fuerza de ley.

Segundo a nova Constituição, portanto, o Presidente da República não mais se encontra adstrito à matéria econômica ou financeira – assunto inequivocamente caro à (sobretudo) recente história venezuelana –, podendo editar decretos com força de lei sobre qualquer matéria, desde

¹⁰ Capturado em <http://el-mundo.es/1999/12/15/internacional/15N0054.html> em 10.10.2000. (Periódico El Mundo, edição de 15.12.1999)

que devidamente habilitado por uma lei aprovada pela Assembléia. Cumpre frisar que a previsão de uma limitação material – qualquer que seja – à delegação legislativa possui o mérito de não permitir que seja levantada qualquer dúvida acerca da supremacia do Parlamento no exercício da função legiferante, ou seja, a partir do momento em que o Poder Constituinte estabelece que determinadas matérias não podem ser objeto de delegação, deixa claro, também, que a primazia do exercício da função legislativa pertence ao Poder Legislativo, e não ao Executivo. Nesse sentido, é importante recordar que a Constituição de 1961 não elencava um grupo determinado de matérias que estariam fora do alcance da delegação legislativa; ao contrário, preferiu o constituinte de 1961 destacar as matérias que justamente poderiam ser objeto de delegação.

Desse modo, a supressão dos limites materiais representou uma significativa mudança no alcance e no significado da delegação da função legislativa na ordem constitucional venezuelana, eis que a Constituição de 1999 não destacou as matérias que poderiam ser objeto de delegação, nem tampouco reservou um grupo de matérias que estariam impossibilitadas de ser objeto de delegação legislativa. A delegação legislativa, segundo a nova Constituição, pode abranger qualquer matéria, não havendo, portanto, qualquer restrição.

O impacto desta mudança, vale observar, não escapou aos olhares atentos da imprensa, que, no dia em que o texto constitucional foi submetido a referendo, destacou como um dos pontos polêmicos da Constituição:

El presidente podrá legislar sobre cualquier materia, sin más requisitos que la autorización de la Asamblea Nacional. También podrá dictar decretos-ley en materia penal, estableciendo nuevos delitos con sus penas.¹¹

Em que pese a ausência de qualquer limitação material, o que poderia tornar nebuloso o princípio da primazia da função legislativa pelo Parlamento, o texto constitucional manteve a necessidade de autorização da Assembléia Nacional para que o Presidente da República possa efetivamente exercer a função legislativa, autorização esta que ocorre justamente através da lei habilitante.

¹¹ Idem.

O processo de elaboração das leis habilitantes deflagra-se a partir da apresentação de solicitação de delegação legislativa do Presidente da República à Assembléia Nacional, o que torna inequívoca a intenção do legislador constituinte em manter a Assembléia Nacional como sede do poder legiferante, uma vez que a aquiescência do Poder Legislativo é uma faculdade da Assembléia Nacional. Sublinhe-se que a aprovação da lei habilitante, de acordo com a nova Constituição, recebe tratamento distinto das demais normas, conforme determina o art. 203, *in verbis*:

Artículo 203. (...)

Son leyes habilitantes las sancionadas por la Asamblea Nacional por las tres quintas partes de sus integrantes, a fin de establecer las directrices, propósitos y el marco de las materias que se delegan al Presidente o Presidenta de la República, con rango y valor de ley. Las leyes de base deben fijar el plazo de su ejercicio.

Como se infere do texto normativo citado, a Assembléia Nacional, ao autorizar o exercício da função legislativa pelo Presidente da República, deve estabelecer as diretrizes e os motivos que orientam e, por fim, justificam a referida autorização, bem como o seu prazo de duração. Estas exigências estabelecidas pelo constituinte parecem frisar o citado princípio da primazia da Assembléia no exercício da função legislativa, deixando claro que se trata de delegação e não de abdicação da função legislativa. Nesse sentido, como expõe o Professor Carlos Roberto de Siqueira Castro, em estudo dedicado às delegações legislativas:

A delegação [legislativa] há de ser condicional e limitada. Se destituída de condições e limites ditados pelo Poder Legislativo a delegação importará em verdadeira abdicação de função normativa, o que a toda evidência não se compadece com a partilha constitucional de competências orgânicas. Essas condições e limites variam ao sabor das opções do legislador constituinte ou ordinário em cada nação, podendo ser de ordem temporal, material ou procedimental.¹²

¹² CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. "O Congresso e as Delegações Legislativas". Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1986.

Deste modo, no que tange ao prazo fixado para o exercício da função legislativa pelo Presidente da República, verifica-se que não há qualquer impedimento a que a Assembléia Nacional, antes do término deste prazo, aprove nova lei revogando a lei habilitante, eis que se trata de transferência e não de renúncia ao exercício da função legislativa.

Cabe observar, no entanto, que estas exigências estabelecidas pelo artigo 203 da Constituição estão longe de apresentar a rigidez característica das constituições que permitem ou, ao menos, toleram a delegação legislativa. Assim, nestes quase dois anos de vigência da Constituição venezuelana de 1999, o exercício da função legislativa pelo Presidente da República tem causado grande polêmica, conforme constantemente noticiado pela imprensa, sobretudo pela ausência de maiores limitações a este exercício. Nesse sentido, conforme noticiou o Wall Street Journal, em 08.11.2000, sob o título “*Venezuela otorga poderes especiales a Chávez para legislar mediante decretos*”:

La Asamblea Nacional de Venezuela otorgó el martes amplios poderes al presidente Hugo Chávez para legislar por un año mediante decretos, lo que para opositores supone una concentración de poder.

La llamada Ley Habilitante, aprobada por la mayoría oficialista, da a Chávez poderes sin precedentes para llevar adelante su «revolución democrática» en el tercer exportador de petróleo del mundo.

El instrumento permite al gobierno aprobar leyes, de forma expedita y sin debate parlamentario, en seis ámbitos: financiero; económico y social; infraestructura, transporte y servicios; seguridad ciudadana y jurídica; ciencia y tecnología, y de organización y funcionamiento del Estado.

(...) Legisladores opositores sostuvieron que la habilitación, la segunda que solicita y obtiene Chávez en sus 21 meses de gobierno, es demasiado amplia, permite la concentración de poder en el Ejecutivo y margina al Legislativo. Además algunos cuestionaron su vigencia por 12 meses.

Chávez, un militar nacionalista de ideas de izquierda, pidió los poderes extraordinarios para acometer rápidas reformas que considera necesarias para reactivar la economía y adaptar el cuerpo de leyes a una nueva Constitución aprobada en diciembre.

César Pérez, diputado opositor de Copei, dijo que ‘esta Ley Habilitante kilométrica, que invade casi todas las actividades de la Asamblea, es un mecanismo sutil de concentración del poder [...]. Es una castración al poder legislativo’.

Agregó que no existe en Venezuela una crisis fiscal que amerite otorgar al presidente poderes tan amplios. ‘En este momento el gobierno está disfrutando de un chorro de petrodólares. No tiene emergencia’.

Las habilitaciones dadas a otros presidente y la primera otorgada a Chávez, pocos meses después que asumió la presidencia en febrero de 1999, fueron sólo para legislar en materia económica en momentos de crisis fiscales.

El presidente de una comisión especial creada para analizar la Habilitante, Alejandro Armas -de la coalición oficialista que apoya a Chávez-, justificó el lapso de un año argumentando que el Ejecutivo aún no tiene preparados todos los decretos leyes.

Entretanto, acrescenta a mesma matéria:

La comisión especial hizo algunos cambios al proyecto original presentado por el gobierno, entre los que destacan un artículo que obliga al Ejecutivo a informar a una comisión parlamentaria sobre los decretos leyes que emita 10 días antes de que sean promulgados.¹³

Ainda a este respeito, vale trazer à colação notícia divulgada pelo jornal Correio Braziliense, sob o título “*Chávez ganha plenos poderes*”:

A Assembléia Nacional da Venezuela aprovou na terça-feira uma lei que dá ao presidente, Hugo Chávez, poderes especiais para que ele possa governar por decreto durante um ano. Depois de publicada no Diário Oficial, Chávez terá de pedir a aprovação do Parlamento para questões cruciais como economia, assuntos sociais e reforma da administração pública.

A chamada lei habilitante foi aprovada em uma segunda discussão por uma maioria esmagadora no plenário da Assembléia Nacional, de 165 membros, segundo informou o deputado governista Alejandro Armas, do Movimento V República, fundado por Chávez.

A oposição não demorou em rechaçar a nova lei. Gerardo Blyde, deputado do partido independente Primero Justicia (PJ) e porta-voz da oposição, classificou a norma de “institucional” e disse que foi aprovada em meio ao “sectarismo” oficialista, que soma 105 dos 165 assentos na Assembléia Nacional.

¹³ Capturado em <http://www.mre.gov.br/acs/interclip/jornais/novembro/wsjournal08b.htm>, em 22.10.2001.

Segundo o deputado de oposição, o presidente venezuelano está realizando uma manobra ilegal. Blyde afirmou que “a ley habilitante é inconstitucional”, pois contém matérias de discussão exclusiva do Parlamento e além disso não especifica as que serão decretadas por Chávez. Blyde argumentou que a decisão “no bloco e não por matéria”, obrigou seu partido “a votar contra todo seu projeto”, legislativo.

Os novos poderes especiais permitirão ao governante venezuelano decretar um número “não determinado de leis” no âmbito social, econômico e social, infra-estrutura, transporte e serviços, segurança do cidadão e jurídica, ciência e tecnologia e organização e funcionamento do Estado, explicou Armas¹⁴ (grifo nosso).

Em que pese a manifestação do deputado Gerardo Blyde acerca da inconstitucionalidade da lei habilitante, por conter matérias de discussão exclusiva do Parlamento e por não especificar as que serão decretadas pelo Presidente, convém observar que a Constituição não estabelece, ao menos de forma explícita, qualquer limitação neste sentido, tampouco indica que as matérias que foram objeto de delegação no caso citado são de competência exclusiva da Assembléia Nacional. De qualquer modo, aguarda-se uma manifestação do “*Tribunal Supremo de Justicia*” a este respeito.

Por fim, cabe mencionar que a Constituição permite que os decretos com força de lei, editados pelo Presidente da República, sejam revogados diretamente pelos próprios cidadãos, através do referendo popular, nos seguintes termos:

Artículo 74. Serán sometidas a referendo, para ser abrogadas total o parcialmente, las leyes cuya abrogación fuere solicitada por iniciativa de un número no menor del diez por ciento de los electores o electoras inscritos o inscritas en el registro civil y electoral o por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros.

También podrán ser sometidos a referendo abrogatorio los decretos con fuerza de ley que dicte el Presidente o Presidenta de la República en uso de la atribución prescrita en el numeral 8 del artículo 236 de esta

¹⁴ Capturado em http://www2.correioweb.com.br/cw/2000-11-09/mat_16125.htm

Constitución, cuando fuere solicitado por un número no menor del cinco por ciento de los electores o electoras inscritos o inscritas en el registro civil y electoral. Para la validez del referendo abrogatorio será indispensable la concurrencia del cuarenta por ciento de los electores y electoras inscritos en el registro civil y electoral. No podrán ser sometidas a referendo abrogatorio las leyes de presupuesto, las que establezcan o modifiquen impuestos, las de crédito público y las de amnistía, así como aquellas que protejan, garanticen o desarrollen los derechos humanos y las que aprueben tratados internacionales. No podrá hacerse más de un referendo abrogatorio en un período constitucional para la misma materia.

Podem, desta forma, os cidadãos venezuelanos controlar a edição dos decretos com força de lei pelo Presidente da República, através do referendo, o qual permite a revogação dos referidos atos normativos.

Interessante ressaltar que, além desta forma de controle da atuação do Presidente da República no exercício da função legislativa por parte dos cidadãos, ainda há a possibilidade de convocação do “*referendum revocatório*”, outra novidade trazida pela Constituição de 1999, que estabelece:

Artículo 72. Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Quando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y la ley. La revocatoria del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley. Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato.”

Neste caso, seria possível a convocação, diretamente pelos cidadãos, de um referendo a fim de revogar o mandato do Presidente da República, o que, de certo modo, impõe uma responsabilidade política ao Presidente perante os cidadãos, tal qual ocorre, guardadas as devidas proporções,

com o Primeiro-ministro em relação ao Parlamento, no sistema de governo parlamentarista. É que nestes casos ambos os ocupantes dos cargos políticos se sustentam enquanto tiverem apoio, seja do Parlamento, seja do próprio povo.

Conclusão

O exercício da função legislativa pelo Presidente da República na Venezuela não é uma novidade trazida pela Constituição de 1999; já estava presente no texto constitucional de 1961, o qual, este sim, marcou um rompimento com o princípio da indelegabilidade da função legislativa, consagrado expressamente nas constituições venezuelanas a partir de 1909. Tal fato deveu-se a questões de ordem econômica e financeira e, justamente por este motivo, o exercício da função legislativa pelo Presidente da República limitou-se a estas matérias.

A forma, no entanto, como se apresentou este permissivo constitucional na nova Carta Magna é bastante diversa, e tem causado forte polêmica naquele país, por conta da centralização política que tal instituto possibilita.

Cumprido, no entanto, verificar que as críticas que estão sendo feitas aos decretos com força de lei aprovados pelo Presidente, ou, antes, à possibilidade do exercício da função legislativa pelo Presidente da República, não são provenientes da Assembléia Nacional, mas apenas de alguns deputados de oposição ao governo, o que implica afirmar que a “lei habilitante” não tem causado nenhum atrito ou crise na relação entre os Poderes Legislativo e Executivo. Com efeito, a Constituição assegura a primazia da Assembléia Nacional no exercício da função legislativa, o que permite à Assembléia, a qualquer tempo, revogar a lei habilitante, que autoriza o exercício da função legislativa pelo Presidente da República. E se tal não ocorre no momento, isto se deve ao fato de que a Assembléia majoritariamente apóia o Presidente da República. Resta, então, verificar se os cidadãos também o apóiam.

A normatividade dos princípios nos sistemas do *common law* e romano-germânico

Paulo Murillo Calazans*

A verdade, a justiça, a bondade de uma estrutura simbólica – a lei fundamental, a constituição – só existem na medida em que os cidadãos, na qualidade de sujeitos falantes pertencentes a espaço comunicativos, lhe atribuem em termos intersubjetivos.

J.J. Gomes Canotilho

Introdução

O tratamento juspublicístico que passou a ser dado aos princípios jurídicos na teoria contemporânea do direito deriva de um longo percurso histórico, através do qual a importância dos mesmos para os diversos sistemas deixou de ser mero instrumento supletivo das lacunas da lei, no direito privado, para alcançar a posição de hegemonia nas pirâmides normativas.

Nos sistemas romano-germânicos, de matriz legislativa, isto é, fundados em enunciados jurídicos lógico-dedutivos que são inseridos em textos elaborados pelos poderes legislativos, de uma forma geral codificados, a supremacia dos princípios tornou-se indiscutível com a sua inserção nas constituições e com o conseqüente labor das jurisdições constitucionais, que garantiu e reforçou sua eficácia normativa. Esta inserção no ápice do sistema normativo correspondeu não somente a um aspecto formal, mas, sim, ao reconhecimento inequívoco de sua dimensão valorativa.

Paulo Murillo Calazans é advogado; mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo Departamento de Direito da PUC-Rio; e ex-professor da PUC-Rio.

Nos sistemas do *common law*, o papel secundário da lei e a própria simplicidade dos textos constitucionais editados, que lhes são característicos, não impediram que os princípios jurídicos viessem a lograr elevada estatura na interpretação e aplicação do direito e nas formas sociopolíticas de organização do Estado.

Isso porque, nos sistemas do *common law*, o erguimento dos princípios a uma posição prestigiada no cume da teoria do direito se deu de forma bastante diferenciada, fruto de um processo simbiótico, onde, mais do que a participação dos poderes legislativos, concorreram, precipuamente, o poder judiciário, por meio da atividade jurisdicional e, em menor grau a doutrina. Com efeito, constitui, pois, a função reconhecidamente criadora do direito atribuída aos arestos, a principal diferença entre os sistemas do *common law* e o sistema do direito romano-germânico.

Neste breve texto, pretende-se abordar, ainda que de forma assaz superficial, o processo pelo qual se deu a elevação dos princípios ao ápice dos sistemas normativos, de forma comparativa entre o *common-law*¹ e o sistema romano-germânico, tanto pelos aspectos históricos peculiares a cada um, quanto pelos desenvolvimentos metodológicos neles ocorridos.

1. Prevalência e supremacia dos princípios: o percurso metodológico

A juridicidade dos princípios, registra a doutrina², conheceu três momentos históricos, não necessariamente excludentes: o jusnaturalismo, o positivismo e o pós-positivismo.

¹ René David registra que uso do termo anglo-saxônico, por vezes utilizado indiscriminadamente para designar o direito inglês ou o norte-americano, ou ainda com o sinônimo de common law, é pelos juristas desta origem considerado um absurdo, uma vez que se refere a um período pouco conhecido do direito inglês, prévio à invasão pelos normandos. A respeito da evolução histórica do direito inglês, consulte-se sua obra *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo* – 3ªed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

² Para uma abordagem mais completa sobre o tema da normatividade dos princípios, veja-se BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 228 e seguintes; e também: BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; CANOTILHO, J.J. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6ª ed. Lisboa: Almedina, 2002; HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991; SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

Na fase jusnaturalista, a busca por postulados de justiça com aspirações universais invade a dogmática jurídica. Mas, a ausência de uma fundamentação epistemológica mais rigorosa e, como seu corolário, o acentuado grau de abstração dos *princípios* propostos fizeram com que as proposições sobrevividas do positivismo lançassem ao descrédito sua pretensão valorativa de cunho ético.

Durante o longo período em que o positivismo reinou no pensamento jusfilosófico, os princípios jurídicos eram tidos por proposições hauríveis dos textos legais vigentes, por via de abstrações sucessivas, realizáveis a partir das regras particulares naqueles textos contidas. A noção de coerência e completude dos sistemas jurídicos, que impregnou o juspositivismo, sustentava a tese de que os princípios não seriam estranhos ao ordenamento, mas passíveis de extração do próprio Direito positivo. E sua existência, acima de tudo, era devida a uma obra deliberada do legislador ou, no caso do *common law*, das decisões proferidas pelos juízes, sob consentimento do soberano, sedimentando seu reconhecimento.

Na fase do pós-positivismo, os princípios atingem o cume da hierarquia axiológico-normativa na estrutura dos ordenamentos jurídicos. Nos países de tradição romano-germânica, esse processo se deu através de sua inserção nos textos constitucionais, especialmente nos produzidos no século passado. Já nos países do *common law*, a aquisição da força normativa dos princípios ocorreu preponderantemente pelo trabalho da jurisprudência dos órgãos jurisdicionais superiores, havendo desempenhado papel de vanguarda, no plano internacional, a Corte Internacional de Justiça³ e, a partir da segunda metade do século, na ordem estatal, as cortes constitucionais norte-americana e alemã.

Constituiu-se, pois, o empreendimento doutrinário promovido no campo da Jusfilosofia e da Teoria Geral do Direito na base para a superação do longo embate entre o Direito Positivo e o Direito Natural. Esta empreitada começa a ganhar vulto, sob a ótica da análise histórica da metodologia jurídica, com a passagem da Jurisprudência de Interesses para a Jurisprudência de Valores⁴. A percepção de que o trabalho do

³ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 237

⁴ Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito* – 3ªed.. Lisboa: Calouste Gulbekian, 1997

legislador revela um critério de valoração, segundo as aspirações das comunidades que representa, e de acordo com ideais superiores de justiça, assim como a verificação de que a jurisprudência, mediante a aplicação dessas valorações, as confirma, são as noções de partida da Jurisprudência de Valores.

Todavia, a Jurisprudência de Valores, nos seus primórdios, apresentou-se com fraquezas insuperáveis, dada a tibieza de seus assentamentos iniciais⁵. Na seara da aplicação do direito, ela não fornecia as bases para a solução direta de casos concretos em que nem da lei, nem das valorações do legislador, que o juiz necessariamente deve conhecer, seria possível chegar-se a uma “decisão justa”. O mesmo ocorria nas hipóteses em que o legislador ainda não tivera a oportunidade de se manifestar, por ser o fato novo para a sociedade, ainda carente de uma tendência expressa ou de uma valoração majoritária apreensível pelo legislativo. Também naqueles casos de normas antitéticas em um mesmo plano hierárquico, ou, ainda, quando as premissas sobre as quais se assentara a decisão legislativa houvessem deixado de existir⁶. Não havendo a possibilidade de referência concreta a valores superiores ou a cláusulas geralmente reconhecidas, o trabalho de valoração, inexoravelmente, tornar-se-ia uma revelação de uma preferência pessoal daquele responsável pela aplicação do direito ao caso concreto⁷.

A jurisprudência de valores, assim, desenvolveu-se em torno do reconhecimento da existência de critérios de valoração supralégais; não mais permanentes ou eternos, derivados apenas da razão humana

⁵ Veja-se, principalmente, as críticas de Habermas à associação que a Jurisprudência de Valores estabelece entre moralidade e os princípios fundamentais, esclarecendo o autor que os princípios têm sentido deontológico, voltado para o estabelecimento de expectativas de condutas, enquanto os valores, por sua natureza teleológica, devem ser compreendidos como preferências intersubjetivamente compartilhadas. Tal aspecto, segundo Habermas, adquire especial importância no campo da aplicação do direito (adjudicação) naquelas sociedades que rupturas históricas nos sistemas sociopolíticos de organização não permitem, por vezes, a determinação categórica dos valores e tradições compartilhados pela comunidade; antes, requerem sua (re)construção (HABERMAS, J., *Between Facts and Norms*. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy, p. 253-266).

⁶ Cf. LARENZ, Karl. *Op. cit.*, p. 167

⁷ Essa questão perpassa, naturalmente, a discussão sobre os próprios limites epistemológicos impostos às ciências não-exatas, no que diz respeito à possibilidade de comprovação científica de enunciados referentes à justeza de valores.

(Iluminismo, século XVIII) ou da razão divina (Tomás de Aquino), como proposto outrora pelo jusnaturalismo, mas passíveis de apreensão racional e ligados à concepção aristotélica de que o Direito está relacionado de alguma forma com a justiça. Tais critérios manifestam-se, pois, como *princípios* jurídicos gerais, que são juízos de valor fundamentais, proposições jurídicas de conteúdo axiológico consoante os valores éticos predominantes nas comunidades à quais eles se aplicam.

Ao longo deste século, a jurisprudência de valores, sinônimo, para alguns autores, como Paulo Bonavides, da jurisprudência dos princípios, passou por imeras variações de natureza metodológica, todas voltadas para a tentativa de se conquistar, de forma inabalável, a proclamação da normatividade dos princípios, em relação às quais foge ao contexto do presente trabalho efetuar uma análise mais profunda⁸.

Mas, foi sobretudo a partir do grande esforço desenvolvido pelo trabalho de reflexão intelectual da comunidade jusfilosófica, promovida a partir dos anos setenta, liderada por Ronald Dworkin, com a publicação de sua festejada obra, *Taking Rights Seriously*, que a normatividade dos princípios recebe o tratamento e a chancela que ensejam o seu reconhecimento em um plano superior.

Inicialmente, no segundo texto da obra, *The Model of Rules I*, DWORKIN alega que a teoria do direito estava se equivocando ao pretender que regras secundárias de reconhecimento de validade pudessem determinar quais os padrões (*standards*) aceitos como direito e quais não, sendo, portanto, mais complexa do que a visão positivista propõe, a distinção entre os padrões morais e legais. Isto porque, para além da letra crua e nua das regras inseridas nos textos legais, há outros tipos de padrões normativos aos quais se referenciam os juristas quando buscam soluções para casos concretos. E estes *standards* são precisamente os princípios, que têm normatividade própria, citando o autor, como exemplo, já no capítulo seguinte, o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza⁹. Ao contrário da concepção positivista,

⁸ A esse respeito, vejam-se as obras de PERELMAN, Chaim, *Lógica Jurídica – Nova Retórica*, Martins Fontes, 2000 (sobretudo, o Cap. III da primeira parte); de LARENZ, Karl, *Op. cit.* (cap. V); e de ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 8ª. ed., Calouste Gulbekian, 2001 (cap. VIII)

⁹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977 p. 46

que pretende resumir o direito a um corpo de normas que são *atos institucionais*, demonstra DWORKIN que os princípios amplamente reconhecidos pela comunidade jurídica têm normatividade inequívoca, embora não estejam necessariamente instituídos em um texto legal.

Ao contrário das regras, que operam em uma base binária do tipo tudo ou nada (*all or nothing*), os princípios, por sua distinta natureza, funcionam como o direito por trás do direito (*law behind law*), em outro grau de aplicabilidade. As regras são criadas pelo legislador e referenciam-se a situações jurídicas que, uma vez verificadas, fazem incidir o resultado ou consequência jurídica previamente estabelecido pela norma. Já os princípios têm maior porosidade, se irradiam por todo o sistema normativo e não se dirigem a uma situação jurídica em particular. Sobreleva, assim, a importância desta construção teórica na solução dos chamados casos difíceis (*hard cases*). Nestas situações, o julgador, que busca soluções para o caso concreto, não encontrando respostas imediatas no texto legal, deve socorrer-se dos princípios, que delineiam a orientação geral da política jurídica vigente.

De todo modo, a elevação dos princípios a uma posição hegemônica dentro dos sistemas jurídicos logrou afastar as deficiências advindas do pensamento positivista, que imperou no fim do século XIX e no início do século XX, assim como viabilizou a superação das referências “suprareleais” vacilantes, das quais dependia o pensamento jusnaturalista.

Nas palavras do Prof. Paulo Bonavides:

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão

máxima de todo este desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.¹⁰

2. A normatividade dos princípios no *common law*

A raiz da diferença entre os processos pelos quais a normatividade dos princípios se concretizou no *common-law* e no sistema romano-germânico situa-se na própria história da formação de cada um destes sistemas jurídicos.

E Norberto Bobbio nos dá conta que a separação entre a formação do sistema do *common law*¹¹ e dos demais sistemas europeus continentais, por sua vez, está diretamente ligada ao processo de formação dos Estados modernos, após a dissolução das sociedades medievais¹², assim como na própria dicotomia entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico.

Durante a baixa Idade Média, a principal característica das sociedades medievais era a pluralidade ou ausência de unidade jurídica, sendo que cada uma das formações sociais concretas dispunham de um corpo de normas que lhes era próprio. Ao contrário do restante da Europa continental, como na França e na Alemanha, o sistema feudal da Inglaterra manifestou-se de forma extremamente pulverizada, no que respeita à repartição de terras e poder entre os *landlords*. Guilherme, o conquistador, duque da Normandia, ao vencer a batalha de Hastings em 1066 e ao instalar-se na Inglaterra, não permitiu que nenhum “senhor feudal” formasse grandes latifúndios, limitando o poder dos “barões”, orientação essa mantida por seus sucessores

No que se refere ao desenvolvimento da atividade jurisdicional, no período de Henrique II (1154-1189), em que praticamente inexistia qualquer direito escrito, o rei enviou juízes por todo o reinado, que de forma itinerante, julgavam as causas que lhes eram trazidas. Sua atribuição obrigava-os a aplicar decisões para os casos concretos baseadas em *rules of law*, arrimadas, de um lado, no direito consuetudinário que surgia do

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p.265

¹¹ Definido por J.F. Maitland como “that part of the law that is enacted, non-statutory, that is common to the whole land and to all Englishmen; apud CALVI, James / COLEMAN, Susan. American Law and Legal System, – 3ªed., New Jersey: Prentice Hall, 1997, p. 35

¹² BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico/Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone Ed., 1995, p.27 e segs.

seio das relações sociais e, de outro, no senso individual de *equity*¹³ ou *fairness* dos juízes. E as regras criadas para os litígios, em concreto, pelos juízes, uma vez reconhecidas como justas e razoáveis, passavam a ser adotadas pelos juízes em outras jurisdições, nos casos similares¹⁴.

Paralelamente à atividade dos juízes itinerantes, havia sido instituída a jurisdição dos Tribunais Reais, presididos, inicialmente, pelo próprio monarca. Próximo ao fim do século XIII, o leque de matérias que podiam ser submetidas aos juízes do *common law* haviam se limitado demasiadamente em escopo, os ritos processuais haviam se tornado excessivamente técnicos e era comum o suborno dos júris, o que acabou por gerar inúmeras insatisfações com o resultado dos julgados. Além disso, os juízes haviam se tornado por demais independentes em sua atividade. Mas, para os irrisignados com as decisões das *law courts*, havia ainda o recurso direto ao Rei, por um procedimento que se iniciava sempre com uma petição, apoiada no apelo à piedade do monarca, com a seguinte epígrafe: “*to do what is right for the love of God and in the way of charity*”. A jurisdição do Rei era residual e se limitava à “alta justiça”; isto é, somente abrangia os litígios de maior importância.

Embora fosse de competência do próprio Rei o julgamento no Tribunal Real¹⁵, com o crescimento do número de petições que lhes eram endereçadas, o Rei passou a delegar esta atividade jurisdicional ao Lorde-Chanceler, membro do Conselho Real e normalmente um homem do clero. Este o analisava o caso com base na equidade e, caso o julgasse suficientemente fundamentado, expedia uma ordem (*writ*¹⁶) ao xerife

¹³ Cumpre observar que o conceito de *equity* não corresponde inteiramente ao conceito de equidade dos sistemas romano-germânicos; aquele melhor se traduz pelas expressões sinônimas, *fairness* ou *good conscience*.

¹⁴ Aqui, é mister fazer uma distinção de grau entre o *case law* e o *common law*. Embora haja vários traços de semelhança apontados pela doutrina, como a observância à regra do precedente, a ampla discricão judicial no que atina à interpretação da lei, e o fato de ambos se constituírem em um *judge-made law*, o *common law* surge em um espaço onde inexistem normas jurídicas preestabelecidas, isto é, perante uma situação de completa ausência de qualquer direito positivado. Veja-se, a este respeito, CALVI, James / COLEMAN, Susan, Op. cit.

¹⁵ No século XV, os Tribunais Reais passaram a ter sede em Westminster, sendo conhecido pelo nome da famosa cidade.

¹⁶ A cada *writ* correspondia um procedimento judicial específico, de acordo com a natureza da ação proposta. Assim, o escopo dos *writs* era fundamentalmente processual, vindo a marcar a fase inicial do *common law* com esta característica, ou seja, mais importante do que o conteúdo material da atividade jurisdicional era a forma pela qual a ação era desenvolvida (*form of action*).

ou *lord* local, determinando que esse exigisse do réu o cumprimento do pedido formulado ou o fizesse explicar, perante o Tribunal, a razão pela qual entendia que não deveria fazê-lo. Logo, a chancelaria tomou a forma de um órgão propriamente judicante e passou a ser conhecida como Tribunal de Chancelaria.

A *Equity* foi de inestimável utilidade para a evolução do direito inglês. Tanto no campo do processo, quanto do direito material, a superioridade dos princípios trazidos do direito romano em razão da formação dos chanceleres, eram incontestes em face das fórmulas arcaicas que haviam congelado o direito aplicado pelos juízes. Vários foram os princípios gerais de direito incorporados ao direito inglês pela via da *equity*, atendendo ao clamor geral pela justiça e pelo atendimento aos interesses sociais em jogo.

A coexistência dessa dualidade de jurisdição, associada ao interesse do rei em manter sob seu direto controle a atividade jurisdicional, e do Parlamento de conter o poder real, já no século XVII, se institucionalizassem ambas: a *equity* e o direito aplicado pelos juízes, este eminentemente um *case law*. A fusão formal dos dois tipos de jurisdição somente se deu no fim do século XIX, pelos *Judicature Acts*, uma profunda reforma na organização judiciária da Inglaterra, preservando-se, porém, as peculiaridades processuais de cada um deles¹⁷.

O reconhecimento pela jurisdição

No decorrer da história de aplicação do *common law*, inúmeras e variadas decisões proferidas pelos juízes, já a partir de 1290, começam a ser compiladas e o estudo do direito, ao contrário do que viria a ocorrer no continente, é voltado para os precedentes judiciários, sobretudo no campo da analogia e da interpretação extensiva, como lembra Gillisen¹⁸.

¹⁷ E ainda que, mesmo na Inglaterra, a obrigatoriedade de o juiz decidir segundo precedentes judiciais, consubstanciada pelo princípio do *stare decisis*, somente tenha sido legalmente imposta em 1875, com a promulgação dos *Judicature Acts*, o *common law* desenvolve-se como um direito eminentemente jurisprudencial

¹⁸ Em relação ao direito romano-germânico, a autoridade da lei, no *common law*, sempre foi objeto de controvérsia, chegando mesmo a ser considerada fonte tão-somente supletiva do direito, conquanto não contrária ao *common law*; controvérsia esta que rendeu rico debate no plano doutrinal e cujo fulcro situa-se no embate entre as concepções liberal e absolutista de Estado, entre a concepção do direito como fruto da razão e o direito como ato da vontade

E o estudo dos precedentes judiciais é realizado à luz do seu cotejamento com os valores presentes em determinado momento histórico da sociedade, e, da mesma sorte, da formação de princípios gerais imanentes a determinados grupos ou conjuntos de decisões, que, por sua vez, também traduzem os juízos de valoração vigentes.

As decisões proferidas pelos juízes, no momento inicial que caracterizou genuinamente o *common law*, na completa ausência de normas positivas, teve, por supedâneo, valores abstratos, porém reconhecidos, de justiça, equidade, razoabilidade etc., os quais irão, aos poucos, constituir senão os princípios jurídicos que, mais adiante, serão elevados ao patamar máximo de referência legal para o exercício da nobre função de aplicação do direito.

Paralelamente, o desenvolvimento da *equity* baseou-se, como visto, no estudo de princípios de direito material provenientes do *ius commune* romano e do direito canônico, e que formavam a base do pensamento jusnaturalista¹⁹, conhecidos, no *common law* como “máximas de equidade” (*maxims of equity*).

A Jurisprudência, torna-se, destarte, pelo seu caráter revelador de princípios - que, conquanto não positivados no sistema jurídico, encontram-se com validade plena -, a via pela qual sua normatividade vem a ser afirmada no sistema do *common law*.

Nos E.U.A., ocorre um processo misto de assimilação dos princípios no seu sistema jurídico. O processo de libertação do domínio colonial inglês, acompanhou de perto os passos da Revolução Francesa e, por consequência, de seus postulados. Assim, a independência das colônias americanas e a publicação de sua Constituição tiveram grande inspiração de matriz jusnaturalista. Porém, neste período, já se esboça a teorização do positivismo jurídico e da plenitude legiferante do Congresso. Como

imposta do soberano, ou, ainda, na conhecida antítese: o direito que vale imperio rationis e o que vale razione imperii. De qualquer modo, no decorrer dos anos, muitas das tendências acolhidas pelos juízes e cortes foram acolhidas e codificadas, ou postas de lado, pelas leis. Cita-se, como exemplo, a norma do caveat emptor (que o comprador seja alertado quanto ao produto), pela qual o comprador de determinada mercadoria deveria ser informado quanto à sua qualidade antes de realizar a compra. Hoje, nos EUA, a quase totalidade dos Estados federados aboliu a referida norma do common-law, adotando leis de proteção ao consumidor contra práticas abusivas de comércio.

¹⁹ CALVI, James / COLEMAN, Susan, Op. cit., p. 31

consequência, ocorre a inscrição dos princípios de direito natural nas Cartas Fundamentais, como nova tendência metodológica e como requisito dos postulados burgueses revolucionários, tal qual observado com os princípios e as regras contidos na Declaração de Independência norte-americana, na sua Constituição, e no *Bill of Rights*²⁰.

Por isso, a partir da Independência, conquanto mantendo características ínsitas ao *judge-made law*, o componente estatutário do direito norte-americano passou a desfrutar do mesmo prestígio que nos demais países, circunscrevendo os poderes do Congresso, e mesmo dos juizes, aos mandamentos principiológicos afirmados nos documentos supra-referidos.

Assim, observa-se, nos E.U.A., um processo de afirmação da força normativa dos princípios de forma dual: por um lado, segue o *common-law* na Inglaterra, e, por outro, adota formas peculiares à evolução metodológica dos países de matriz romano-germânica. Em particular, grande importância teve o trabalho de interpretação jurisprudencial dos princípios constitucionais; especialmente, aquele realizado por sua Suprema Corte Federal²¹.

3. A normatividade dos princípios no sistema romano-germânico

Inicialmente, cumpre esclarecer que, por direito romano-germânico, quer-se referir ao direito da maior parte dos países da Europa ocidental continental. Embora usualmente considerado como sinônimo de direito estatutário, ou codificado, não se os pode empregar, de modo algum, como termos equivalentes. A acepção aqui utilizada refere-se às características genéricas de uma grande família do direito europeu, fortemente caracterizada pela influência do direito romano, retomado a partir do fim da Idade Média, por meio do estudo desenvolvido nas universidades dos países latinos e germânicos. Os anglo-saxões referem-se a este grande sistema jurídico como *civil law*, por oposição ao *common law*.

Como já analisado no capítulo anterior, a Revolução Francesa constituiu um marco na história dos sistemas jurídicos da Europa continental. Os ideais fomentadores da Revolução apoiavam-se, em seus aspectos

²⁰ McGEEHAN, John; GALL, Morris. U.S. History and Government – 2a. ed. New York: Barron's, 1995

²¹ Em vários estados norte-americanos, os mais elevados Tribunais também recebem o nome de Suprema Corte; daí, a distinção.

jurídicos, nos postulados jusnaturalistas do estado da natureza, do contrato social, dos direitos naturais inalienáveis, imanentes à própria existência humana.

Tais ideais, em um primeiro momento do pensamento jusnaturalista, nascem como princípios ligados a valores éticos e ao conceito de justiça, resgatando, em grande parte, o pensamento aristotélico da Antiguidade.

Contudo, a fase jusnaturalista de afirmação dos princípios caracteriza-se por grande abstração e incerteza no que diz respeito à identificação do seu conteúdo e coercitividade de aplicação. Além disso, o pluralismo e a diversidade de legislações entre os povos, em diversas regiões e épocas, levaram à negação da pretensão de universalidade dos princípios jusnaturalistas, sofrendo estes pesadas investidas contrárias, que tomaram vulto, sobretudo a partir do Iluminismo e que, com o advento da Escola Histórica e do positivismo jurídico, tornaram o Direito Natural um símbolo de obsolescência. Em especial, o alegado conflito com a segurança jurídica, por sua impossibilidade de determinação concreta ou ausência de força normativa, sustentava a inadequabilidade do reconhecimento de princípios supralegais ou extralegais.

Ademais, na metodologia do sistema romano-germânico - mais fechado e rígido que se tornara durante seu processo de formação fortemente influenciado pelo positivismo jurídico -, a normatividade dos princípios passou a exigir sua explicitação nos textos legislativos informadores de regras específicas, afastando-se o acolhimento de qualquer espécie de norma jurídica que não as explicitamente contidas naqueles, uma vez que pelas características de interpretação e aplicação do direito sob os auspícios do juspositivismo, impedia-se o reconhecimento efetivo de mandamentos demasiadamente genéricos ou abstratos.

Mas, concomitantemente, ainda no século XVII, os princípios de Direito Natural passam por um processo de racionalização, sobretudo a partir das obras de Grócio e Pufendorf, culminando, no século XVIII, com a inscrição dos princípios jusnaturalistas na Constituição norte-americana e nas Constituições da Revolução Francesa²². Nada obstante,

²² Este processo de racionalização encontra em Immanuel Kant sua grande expressão, afirmando este, no bojo de suas inúmeras obras, na passagem do realismo objetivo para o idealismo da razão subjetiva, que o dever ético de realizar o bem, o imperativo categórico, deriva não da ordem natural das coisas, mas da razão humana. De grande valia para um estudo mais

a mera afirmação de certos princípios seguiu carecedora de uma interpretação judicial que lhes conferisse a autoridade pretendida, o que somente iria ocorrer com a passagem da Jurisprudência dos Interesses para a Jurisprudência dos Valores, conforme já anteriormente mencionado.

O reconhecimento pela supremacia da constituição

No início do processo de codificação, que floresceu nos países da tradição romano-germânica após a Revolução Francesa e a promulgação dos códigos napoleônicos, os princípios de direito mantiveram-se vivos com sua inscrição nos textos dos diplomas legais. Contudo, nesta fase, exerceram o papel de meras fontes supletivas de direito, como se vê, *exempli gratia*, no nosso Código Civil Brasileiro.

Porém, no século XX, em decorrência dos horrores historicamente registrados que o excessivo legalismo positivista ajudou a promover, o movimento pós-positivista passou a clamar pelo acolhimento de valores extra ou supralegais com eficácia normativa, tendo sido despendido grande esforço pelo pensamento jurídico da segunda metade do século XX para fornecer o arcabouço racional-discursivo que se exige de uma proposta metodológica, no seio do qual, então, se desenvolvem a Tópica e a Teoria da Argumentação.

Ao se ingressar na fase juspublicística que caracterizou o tratamento dos princípios no século XX e acompanhando as evoluções metodológicas às quais já se fez referência na introdução deste trabalho, sua importância é elevada ao ápice do sistema normativo, por meio de sua introdução no corpo das constituições contemporâneas, passando do *status* de princípios gerais de direito ao de princípios constitucionais, fundamentadores da ordem jurídica, ou, ainda, nas palavras do Prof. Paulo Bonavides, convertendo-se em *norma normarum* ou norma das normas²³.

Assim, a revelação dos princípios e o seu processo de aquisição de força normativa máxima na ordem jurídica dos sistemas romano-germânicos ocorre a partir do seu assentamento nos diplomas constitucionais, trazendo, a reboque de toda a dimensão valorativa dos

aprofundado sobre a problemática axiológica do direito e a evolução do direito natural, consulte-se MARTINEZ, Soares, *Filosofia do Direito* – 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1995

²³ BONAVIDES, Paulo, *Op. cit.*, p. 261

anseios políticos e sociais basilares da comunidade que traduzem, a imposição obrigatória de sua observância nas manifestações dos órgãos estatais, em qualquer de suas funções, administrativa, legislativa ou jurisdicional. Além disso, o reconhecimento de princípios jurídicos de igual estatura que não se encontram explicitados, embora inexoravelmente espalhados de forma implícita nos ordenamentos jurídicos, tem sido fruto de incansável labor da jurisdição constitucional e da doutrina. Da mesma forma, tem sido também este nobre trabalho da comunidade jurídica e das cortes constitucionais o vetor assegurador da normatividade, da força vinculatória e da extensão cada vez mais abrangente dos princípios dentro dos sistemas jurídicos.

4. A aproximação metodológica

Conforme assinalado na introdução ao presente trabalho, a afirmação da normatividade dos princípios nos ordenamentos jurídicos corresponde ao resultado de uma longa caminhada histórica, rumo à plenitude da teoria democrática, na permanente tentativa de elevação dos valores fundamentais imanentes às sociedades ao patamar máximo de referência para a aplicação e para a hermenêutica do direito, a partir, em especial, do processo de reaproximação da filosofia do direito à filosofia política, liderado por Dworkin e fomentado, outrossim, pelo trabalho de Rawls, no campo da filosofia voltada para a construção teórica e consolidação prática da democracia constitucional.

Como visto, no sistema romano-germânico, este processo ocorreu, em um estágio inicial, por meio do reconhecimento e afirmação dos princípios no nível infraconstitucional, inseridos que foram no bojo das codificações legais que se multiplicaram na Europa continental sob a égide do positivismo jurídico. Em uma fase posterior, acompanhando as novas perspectivas lançadas no campo da metodologia jurídica, que procuravam superar as impropriedades das concepções essencialmente formais do Direito, os princípios recebem a chancela pretendida de reconhecimento e supremacia por meio de sua inserção nas constituições, agora já sob os auspícios do pós-positivismo, adquirindo uma dimensão valorativa sólida e firme.

Já nos sistemas do *common law*, o processo de reconhecimento dos princípios se inicia, de certa forma, com a própria gênese do exercício da jurisdição: os juízes itinerantes da Inglaterra aplicavam o direito com base nas normas costumeiras vigentes, ao mesmo tempo em que lança-

vam mão da referência a princípios abstratos de valor, como a razoabilidade, a *fairness* e a *good conscience*. Além disso, mais tarde, com o exercício da jurisdição pelos Tribunais de *Equity*, os princípios advindos da escola do direito natural e da escola do direito canônico são amplamente utilizados e reconhecidos no seio da comunidade jurídica, e sua validade torna-se inquestionável perante os destinatários da atividade jurisdicional.

Destarte, observa-se que, enquanto nos sistemas romano-germânicos a abstração dos princípios impediu a sua inserção efetiva nos ordenamentos jurídicos ou a aceitação de sua força normativa e de sua função orientadora suprema de aplicação do direito, até o espraiamento do pensamento jurídico pós-positivista já no século XX, no sistema do *common law*, são eles precisamente que moldam a própria estrutura do direito, servindo como elementos referenciais constantes desde o nascimento do sistema, em virtude de características ínsitas ao seu processo de formação histórica.

Mas, a partir da segunda metade do século passado, a nítida aproximação entre os sistemas do *common law* e os sistemas de matriz romanística, com influências recíprocas, tem feito com que o trabalho de revelação dos valores sociopolíticos fundamentais e de reconhecimento de sua força normativa ocorra *pari pasu* e simetricamente nas duas grandes vertentes. Isso se dá por intermédio da intensa atividade jurisdicional das cortes constitucionais, nomeadamente a austríaca, a norte-americana e a alemã, que proclamam, de forma clara e firme, a normatividade dos princípios através de sua jurisprudência, atribuindo a estes a eficácia pretendida pela metodologia contemporânea, a valoração proposta pela teoria do direito, assim como o seu papel de elemento garantidor da democracia e de elemento integrador dos sistemas jurídicos e da esfera pública política, no plano da filosofia jurídica.

Mais importante ainda, contudo, é verificar que a normatividade dos princípios em ambos os sistemas extrai sua força legitimatória de um mesmo fundamento político: a vontade popular, isto é, o fato de que os destinatários das normas-princípios são seus próprios autores. Com efeito, há grande afinidade entre os sistemas do *common law* de criação normativa e o sistema de produção das leis pelas assembléias legiferantes. Esta afinidade é perspicazmente observada por Jeremy Waldron, que, em síntese, afirma:

Acabam por se revelar afinidades surpreendentes na ciência jurídica histórica – em particular, a ciência jurídica medieval – entre a idéia de legislação por assembléia e a idéia do direito costumeiro. O denominador comum é *o povo*. Em cada instância – costume e assembléia legislativa – pode-se dizer, ‘o povo está governando a si próprio’²⁴.

De fato, o direito, muito antes de haver sido concebido como resultante do poder ou vontade vinculada à soberania, já fora entendido como sendo o direito de um povo e de um lugar, o *lex terrae* ou *the law of the land*. O direito era a própria expressão normativa de um *ethos* compartilhado, de um sentimento geral das regras de conduta apropriadas, que o trabalho jurisprudencial no *common law* só veio a declarar e reconhecer. É evidente, desta forma, o estreito vínculo existente entre a vontade popular e o direito costumeiro.

E esta construção normativa sedimentada pelos costumes e tradições regionais, pulverizada pela Europa durante a Idade Média, sobretudo antes do processo centrípeto de unificação dos Estados Nacionais, a par das imposições dos senhores absolutos – *quod principi placuit, vigorem legis habet*, isto é, “o que agrada ao rei, é o direito em vigor” -, em nada difere do sistema de revelação da vontade do povo na *agora* de Atenas, cuja natureza, por sua vez, guarda inequívocas relações de similitude com a concepção republicana resgatada pelos movimentos revolucionários iluministas, os quais trouxeram, como paradigma fundamental, a idéia da *constituição* de um sistema político fruto da vontade popular e por essa mesmo limitada, expressada, em última análise, nas manifestações das assembléias legislativas²⁵.

²⁴ In *Law and Disagreement*, New York: Oxford University Press, 1999, p. 55. Trad. livre. No original: “It turns out that there are surprising affinities in historical jurisprudence – in particular, medieval jurisprudence – between the idea of legislation by an assembly and the idea of customary law. The common denominator is the people. In each instance – custom and legislative assembly – one can say, ‘The people are governing themselves’”. Utilizou-se, aqui, a tradução do termo jurisprudence por ciência jurídica, por mais bem expressar o sentido que lhe empresta a tradição anglo-saxônica.

²⁵ WALDRON, citando Walter Ulmann, chega a invocar uma conexão etimológica entre *legis-datio* e *legis-latio*, a primeira no sentido de “dar” a lei, isto é, de cima para baixo; a segunda, no sentido de trazer, carregar a lei, sentido este aplicável, portanto, tanto para o *common law* quanto para o sistema legislativo romano-germânico. *Op. cit.*, p. 57.

Nota: Registre-se a consulta, para a elucidação sobre diversos pontos analisados neste trabalho, ao valioso texto da Prof. Ana Lucia de Lyra Tavares, *Paralelismos na Construção do Direito Romano Clássico e do Direito Inglês*, publicado na *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro: 1º semestre de 1999.

Resenha

Resenha do livro *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, publicado em 1999, da autoria de Russel Hardin *

Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco **

Ninguém melhor do que Thomas Hobbes percebeu os benefícios que se haure da imposição e manutenção da ordem jurídica e política. Compreendeu que solapar a sedição e a revolta através da instituição de um governo, provedor de ordem e estabilidade, só poderia gerar vantagens mútuas, pois a ordem é *coditio sine qua non* para a coordenação das ações e seus resultados na vida social. O conteúdo de tais idéias bem como outras estão presentes no livro *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, publicado em 1999, da autoria de Russel Hardin. Curioso pensar que o autor, cuja obra é intitulada com termos tão imponentes, como liberalismo, constitucionalismo e democracia, forje suas categorias epistemológicas – a fim de deter-se em tais conceitos e suas relações -, principalmente a partir das idéias de Hobbes, associadas até os dias de hoje à apologia de um poder absoluto, autocrático, ilimitado, perverso e monarquista.

Embora o pensamento político de Hobbes não pudesse ser rotulado com os termos que intitulam a mencionada obra, Hardin explica ao leitor como as interpreta e, utiliza-se das idéias de Hobbes com o objetivo

* Gostaria de agradecer ao Prof. Wanderley Guilherme dos Santos que além de comentar esta resenha me incentivou a publicá-la.

** Pedro Hermílio Villas Bôas Castelo Branco é doutorando em Ciência Política no IUPERJ; mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pelo Departamento de Direito da PUC-Rio; e professor da PUC-Rio.

de conferir às teorias do liberalismo, constitucionalismo e da democracia um tratamento sociológico. Abordar tais conceitos da política sociologicamente não significa, conforme Hardin, embarcar em mais uma teoria política normativa, ansiosa e preocupada em esclarecer como deve ser o governo ou propor através de que mecanismos devem operar as engrenagens da *machina maquinarum* do Estado. O autor deseja explicar o funcionamento, isto é, a viabilidade e operacionalidade (*workability*) da teoria ancorada no tripé liberalismo, constitucionalismo e democracia no plano empírico. A despeito de anunciar que pretende observar a viabilidade e funcionalidade (*workability*) da mencionada teoria, o autor ressalta que, justamente em virtude de produzir seus efeitos reguladores e estabilizadores no mundo real, apresenta apelo normativo. Todavia, o traço normativo da teoria sociológica da relação entre liberalismo, constitucionalismo e democracia é menos exigente no que respeita à reivindicação das vantagens mútuas do que são as teorias normativas. Isto significa que antes de percorrer o argumento central do autor, isto é, de se perscrutar o funcionamento de sua teoria sociológica do liberalismo, constitucionalismo e democracia, traduzida sob a idéia de teoria da coordenação, deve-se explicar o significado das ferramentas epistemológicas usadas por Hardin. A partir daí poder-se-á ter uma idéia do modelo teórico através do qual Hardin busca entender o funcionamento da realidade política de alguns países como os Estados Unidos, a Somália, Ruanda e a ex-Iugoslávia, entre outros.

Às teorias do liberalismo, da democracia e do constitucionalismo o autor denomina de “teorias das vantagens mútuas”. O liberalismo garante um arranjo institucional que permite que cada indivíduo, optando por diferentes caminhos, possa, virtualmente, prosperar. O liberalismo político teria se engendrado como resposta aos conflitos religiosos, buscando nas suas primícias garantir tolerância religiosa. Eis uma das razões porque se tende a associar o liberalismo às idéias políticas de Hobbes, já que o autor do *Leviatã*, de 1651, redigira sua obra com o propósito de dar cabo aos conflitos religiosos da Inglaterra do século XVII. Já o liberalismo econômico, através de suas políticas mais ou menos institucionais, conduziria, conforme Hardin, à prosperidade de todos de acordo com a prosperidade de cada um. O constitucionalismo funcionaria na medida em que servisse como instrumento de coordenação da população em certas atividades relacionadas à instituição

e manutenção da ordem, ao comércio e à defesa em âmbito nacional. O funcionamento da democracia depende de um mínimo de homogeneidade com relação a certas questões, pois se inviabiliza quando existem divisões profundas que ignoram o valor da ordem e outros dela proveniente. A título de exemplo Hardin atenta de forma recorrente em seu livro para as profundas divisões étnicas que inviabilizam as democracias, a exemplo do Burundi.

Embora outros autores exerçam influência nas categorias formuladas por Hardin, tais como David Hume, Vilfredo Pareto, Adam Smith, Talcott Parsons, Hobbes é o mais importante. Do autor do *Leviatã*, Hardin acredita estar extraindo a noção de que a sobrevivência dos interesses particulares e a prosperidade econômica devem ser conservadas dentro de uma ordem soberana. Portanto, a constelação dos interesses mútuos relacionados aos interesses particulares e à prosperidade econômica só podem ser viabilizados pelo estabelecimento de uma ordem geral. O autor de *Liberalism, Constitutionalism and Democracy* afirma que Hobbes seria o precursor de uma teoria da coordenação. Para entendê-lo desta forma, Hardin afasta-se de uma interpretação tradicional que via o pensamento político de Hobbes enredado no contratualismo. Além disso, busca destituir as leis naturais do autor inglês de qualquer valor ou sentido moral, argumentando que o traço da anterioridade da qual são dotadas ocorre em virtude de precederem às leis positivas e não por serem valores *a priori*, cujo fundamento racional tem validade universal. As leis naturais são anteriores às leis positivas garantidas por uma autoridade competente representativa do Estado porque são sociológicas. Assim, conforme Hardin, as leis naturais de Hobbes são leis sociológicas cujo teor é determinado pelo que serve aos nossos interesses. Por serem leis sociológicas que servem aos interesses consistem em fonte do direito positivo. Com a interpretação de Hardin, Hobbes deixa de ser um teórico contratualista para assumir o posto de teórico da coordenação. Mas afinal o que é esta teoria da coordenação adotada por Hardin, cujas raízes estariam ancoradas no pensamento de Hobbes?

A coordenação manifesta-se de duas formas na vida social: espontaneamente e institucionalmente. Relata Hardin que na convenção da Filadélfia, na América do Norte, em 1787, um pequeno grupo coordenou espontaneamente ao criar uma estrutura política e jurídica a fim de permitir a coordenação institucional da nação como um todo. A

ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte durante a convenção da Filadélfia teve, de acordo com Hardin, o significado de uma coordenação institucional garantindo vantagens mútuas aos 13 Estados. Para compreender a teoria da coordenação de Hardin é importante salientar que as leis de uma dada ordem não obedecem a uma razão *a priori* que predetermine seu conteúdo ou sentido. A teoria da coordenação a partir de uma ordem cria arbitrariamente regras que organizam a vida social, e, como diria Luhmann, reduzem a complexidade, produzindo previsibilidade e estabilidade, o que criaria vantagens mútuas ou protegeria os interesses pessoais de cada um. A despeito de verificar-se em todas sociedades ações orientadas por valores morais, diz Hardin que a principal razão do sucesso dos ordenamentos governamentais ao longo da história não é tanto a ação conforme valores morais e sim a capacidade que tem os governos de favorecerem um tipo de obediência cuja obrigação é auto-efetiva (*self-enforcement*), isto é, vincula à ação norma. Vale lembrar, que para Hardin agir em conformidade com a norma é diferente de aderir internamente ao conteúdo da norma, o que implicaria aderir moralmente à norma. Por outro lado, nortear a ação de acordo com a norma em virtude da ameaça das sanções externas também não significa agir de acordo com a idéia da obrigação auto-vinculante ou auto-efetiva (*self-enforce*), característica de uma ordem governamental que coordena ações. A mencionada teoria do autor mostra como governos coordenam a vida social por meio de obediências auto-vinculantes ou auto-efetivas (*self-enforce*) que atendem eficientemente a muitos interesses e por isso tendem a se espalhar, tornando-se interesse da maioria. O governo garante vantagens mútuas ou interesses particulares por meio da coordenação que promove incentivos e ações obedientes com *status* de auto-efetivas. Com o tipo de obediência que se produz, a teia de interesses particulares ou vantagens mútuas aumenta, pois há uma tendência a se aquiescer e até mesmo a se apoiar governos promotores dessas vantagens de caráter recíproco. As vantagens garantidas por um regime governamental permitem que o indivíduo invista na sua vida particular mesmo desejando viver sob outro governo com o qual se identifique ou tenha afinidades. Duas questões são aqui imprescindíveis. Primeiro, se uma dada ordem governamental mantém a coordenação da vida social - um arranjo institucional viável -, o custo para contrariá-la ou modificá-la é

exorbitante. Em outras palavras, observa Hardin, o custo para coordenar novamente (*re-coordinating*) consiste no maior entrave para alcançar uma ordem governamental considerada superior. Em segundo lugar, Hardin distingue entre aquiescência e consenso. Teorias normativas do consenso, entre a de outros autores, como as de Rawls e Habermas pressupõem um fundamento racional rigorosamente rechaçado por Hardin. O autor insiste em dizer que a teoria da coordenação distingue-se das teorias do consenso, do contratualismo e de qualquer outra teoria normativa, pois está fincada no plano empírico do “mundo real” e na facticidade da vida cotidiana. Viver sob as normas de um governo que coordena ações e resultados na esfera social e conduzir-se de forma auto-efetiva (*self-enforce*) não significa de modo nenhum aderir ao conteúdo moral das normas, tampouco pressupor condições ideais que permitam qualquer forma de consenso. Não significa também cumprir a lei em virtude de sentir-se ameaçado pela coerção externa que se liga à transgressão da norma. Aquiescer às normas significa que mesmo que a ordem imposta não seja adequada é dotada de funcionalidade e permite que cada um se concentre no desenvolvimento de sua vida. Deve-se também esclarecer que optar por comportamento auto-efetivo em uma ordem governamental qualquer é, segundo Hardin, a melhor escolha, pois o custo da tentativa de resistência ou reforma da ordem governamental estável é excessivamente alto para qualquer um. A aquiescência que permite viver sob leis de determinado governo está diretamente ligada ao custo da opção da resistência ou tentativa de modificação desse governo. É como diria Hobbes melhor viver sob um regime fundado no binômio proteção-obediência, isto é, da proteção em troca de obediência, do que viver mergulhado num mundo imprevisível, contingente em que o medo da morte violenta ou a incerteza do que vai acontecer seja perene.

Esclarecidas algumas ferramentas epistemológicas usadas por Hardin ao longo de seu trabalho, cabe analisar algumas distinções estabelecidas pelo autor que facilitam a compreensão de sua teoria da coordenação. Ao longo de *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, Hardin busca explicar o papel das instituições em um regime constitucional. Informa que o regime constitucional pode funcionar como base de sustentação do liberalismo político. As instituições desse tipo de regime protegem liberdades individuais e promovem a educação. Além disso, tornam possível o liberalismo sustentando a infra-estrutura econômica através

da manutenção da circulação da moeda e do sistema jurídico. No regime constitucional as instituições têm dois papéis: o primeiro consiste em tornar ações e resultados possíveis por intermédio da organização e especialização das instituições. A fim de manter a lei e a ordem necessita-se de várias estruturas institucionais, entre elas, a do poder judiciário e da força policial. O segundo papel é aumentar o custo das coordenações instantâneas, o que significa que se deve impedir que a população regule suas ações e conflitos desordenadamente, agindo como a turba insana que adota como regras de conduta a vigilância e o linchamento. Hardin compara a coordenação instantânea da turba ao regime do terror da Revolução francesa. O autor constata que instituições desempenhando ambos papéis, sob o regime constitucional, conseguem tanto tornar as ações e resultados possíveis, quanto impedir o exercício da vontade popular. Aliás tal ponto é relevante, pois trata da questão da soberania e Hardin ao longo de seu livro desmistifica o conceito de soberania popular. Ao declarar que a tensão entre permitir e restringir a democracia é a essência do constitucionalismo democrático, o autor busca demonstrar o caráter fictício da soberania popular. Relata que o constitucionalismo democrático exige coordenação quando se trata de amplas questões de estrutura geral e relativas à proteção das liberdades individuais. Por outro lado, coordenar a partir de um programa detalhado é impossível, pois neste caso seria um disparate promover longos debates populares em âmbito nacional. Citando John Madison, Hardin recorda que o federalista argumentava que uma das vantagens da forma particular de governo representativo proposto à constituição dos Estados Unidos excluía totalmente a participação popular organizada. Em tom polêmico, Hardin afirma que a soberania popular teve seu ponto final com a adoção da constituição. Contudo, o que o autor quer dizer é que em um regime constitucional somente pode haver amplo acordo (*agreement*) quando se abordam questões essenciais. Cita o exemplo de acordo imprescindível da história da fundação e manutenção do corpo político norte-americano observado no amplo acordo costurado pela elite norte-americana para inserir na Constituição a cláusula do comércio. A inexistência do interesse de um amplo mercado aberto entre os Estados talvez tivesse inviabilizado esse grande acordo entre os 13 Estados da Confederação, e, conseqüentemente, a própria Constituição dos Estados Unidos da América do Norte. Portanto, o constitucionalismo democrático prevê

grandes acordos em assuntos essenciais, porém não é possível consegui-lo em assuntos ou políticas mais detalhados. Nesses casos a coordenação no regime constitucional não é viável. Por isso Hardin chega a assinalar que o único governo que funciona em todas as circunstâncias é o autoritário.

Uma das distinções fundamentais de Hardin em seu livro é a existente entre constituição e contrato. De forma incisiva o autor argumenta que as constituições não são contratos, nem na sua origem, e, tampouco na sua explicação. Salienta que nem metaforicamente a constituição consiste num contrato e critica as teorias normativas ou explicativas que buscam correspondência entre constituição e contrato. A constituição em conformidade com o autor é anterior ao contrato, pois cria a instituição da contratação que seria inviável sem uma ordem constitucional forte o suficiente para protegê-la. Além disso, não se logra estabelecer acordos (*agreements*) constitucionais com a facilidade que normalmente se fazem acordos contratuais. Acordos contratuais dirimem trocas ou permutas, ao passo que o acordo de natureza constitucional lida, como se viu acima, com amplas questões. A constituição não resolve problemas particulares, mas regulamenta, a longo prazo, padrões de comportamentos interativos. A criação da constituição se distingue do contrato por ser um ato de coordenação que visa a ordenar a ação na vida social. A coordenação não é um ato de cooperação em uma permuta, mas uma forma de viabilizar, fazer funcionar a vida social através da redução de contingências. Uma constituição que assuma a forma contratual é menos viável, pois não será auto-efetiva (*self-enforcing*). Adverte Hardin que as teorias contratuais sustentam que a ordem estabelecida através da barganha sempre possui um fundamento normativo. Todos que violam uma constituição de traço contratual estão obrigados a ela desde um primeiro acordo que a institui. Em contrapartida, observa o autor que a teoria da coordenação não dedica muita atenção a uma justificativa normativa. Por fim, a constituição não seria um contrato - como mostra o autor com muitos exemplos da experiência norte-americana - e sim uma convenção, pois depende de sanções e incentivos internos ao grupo. A constituição, portanto, é um ato de coordenação que cria uma convenção, cuja manutenção depende de fontes próprias que promovam incentivos e expectativas sociais.

Interessante observar que para focalizar a teoria da coordenação e explicitá-la, Hardin dispara duras críticas aos teóricos do racionalismo

contratualista, do acordo razoável (*reasonable theorist*) e todas teorias normativas que buscam na jurisprudência (entendida como ciência do direito) e na filosofia política argumentos racionais para fundar a idéia do que é bom ou ruim, certo ou errado. Não há como seguir a estrada do velho contratualismo racionalista e através da razão deduzir silogisticamente os direitos com os quais devemos concordar, e, tampouco, embarcar nas cantilenas de teóricos do consentimento que buscam situações ideais onde se estabeleçam acordos que de alguma forma são sempre bons e corretos. A teoria da coordenação de Hardin é uma dura resposta a tais teorias cujas soluções ou propostas parecem estar conectadas em outras dimensões fora da realidade da vida social. Por outro lado, a teoria da coordenação, importante contribuição de Hardin, parece ser mais impregnada de valor normativo do que sociológico, ao contrário do que quer o autor. Contudo, sua teoria traz as tintas sombrias do realismo, pois é presa à dura realidade concreta da política pensada em termos de conflito, o que Hardin consegue se apropriando de algumas idéias de Hobbes a fim de elaborar uma teoria com verdadeiro apelo sociológico. A teoria da coordenação de Hardin destitui o liberalismo, o constitucionalismo e a democracia de uma estética romântica e ingênua na qual o sujeito da ação se desloca de Deus para o homem. Assim, o autor desmistifica a idéia de soberania popular e autonomia privada, demonstrando a falácia de alguns pressupostos naturalizados por uma autocompreensão canônica do Estado moderno. A teoria da coordenação de Russel Hardin é uma dura crítica a teorias constitucionais que buscam princípios consensuais ou de justiça fora da caverna de Trasimaco, isto é, fora da realidade arbitrária e concreta da política-jurídica humana. Situações ideais, véus de ignorância, modelos contra-factuais são fundamentos extra-mundanos que – lembrando as idéias de Koselleck – servem apenas para separar o espaço concreto e empírico da experiência humana acumulada pela tradição de seu horizonte de expectativas. O cada vez mais acelerado descolamento do espaço de experiência do horizonte de expectativas impede a construção jurídica e política de ordem constitucional capaz de garantir previsibilidade e estabilidade. Talvez Hardin concordasse em deslocar nosso olhar mais para a salvação do homem no interior da caverna realista de Trasimaco do que no mundo das idéias platônicas.

Prêmio PUC-Rio de Monografia em Direitos Humanos

Promovido pelo Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio com o apoio da Coordenação de Monografias.

Uma introdução ao debate acerca da fundamentação dos direitos humanos: liberalismo *versus* comunitarismo

Teresa Cristina Tschepokaitis Olsen*

Introdução

O presente trabalho tem como objeto de estudo a questão da fundamentação dos direitos humanos, no tocante à discussão acerca do universalismo ou relativismo dos mesmos. Escolhemos como pano de fundo para embasar as teses universalista e relativista, o embate traçado pelas doutrinas filosóficas do liberalismo e do comunitarismo, cujo papel na abordagem das filosofias moral e política contemporâneas representa crucial importância.

Para tanto, abordaremos algumas características inerentes aos direitos humanos em si, essenciais para a discussão da temática acerca de sua fundamentação, para, posteriormente, adentrarmos efetivamente no embate desenvolvido pelas doutrinas acima referidas, o qual será desenvolvido de forma panorâmica e introdutória, conjugando suas principais idéias bem como alguns pontos de contraposição, refletindo, desta forma, numa abordagem eminentemente ético-filosófica dos direitos humanos.

* Teresa Cristina Tschepokaitis Olsen é advogada; bacharel em Direito pela PUC-Rio; e vencedora do Prêmio PUC-Rio de Monografia em Direitos Humanos 2004.1, promovido pelo Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio com o apoio da Coordenação de Monografias.

1. Da importância de se fundamentar os direitos humanos

Para delimitar o alcance que a expressão direitos humanos enseja, adotaremos a clássica divisão dos mesmos em gerações, empregada por diversos autores, dentre os quais Norberto Bobbio e Paulo Bonavides.

A primeira geração dos direitos humanos consagra os direitos civis e políticos. Fruto da Modernidade, tais direitos expressavam as reivindicações da burguesia revolucionária do século XVIII, cuja base ideológica remontava à filosofia iluminista e à tradição liberal, contrárias ao despotismo absolutista dos Estados.¹ Dentro deste contexto, e sob a perspectiva do jusnaturalismo moderno, de que existem determinados direitos que são inerentes à condição natural do ser humano², surgem os direitos civis e políticos, também chamados de liberdades individuais, face à legitimação dada pelo princípio da liberdade.³ Assim, os direitos de primeira geração têm como titular o indivíduo, valorizando o “homem singular”⁴ enquanto ser dotado de plenos direitos frente ao Estado, cujo papel primordial, além da não interferência na esfera de liberdade dos indivíduos, é a proteção dos mesmos contra a ação de terceiros⁵. Alguns exemplos de direitos integrantes desta categoria são: o direito à liberdade de expressão, à liberdade religiosa, à liberdade de locomoção, de votar e ser votado, à livre associação⁶, à igualdade perante a lei, a um julgamento justo, dentre outros.

A segunda geração dos direitos humanos, por sua vez, engloba os direitos econômicos, sociais e culturais, que surgem num contexto de crítica e questionamento à ideologia liberal, fruto do movimento operário e do pensamento socialista em ascensão.⁷ Com o desenvolvimento de um novo quadro do capitalismo, marcado por desigualdades e crises

¹ DORNELLES, João Ricardo W. Notas sobre a fundamentação jurídico-filosófica dos direitos humanos. In: *Direito, Estado e Sociedade*, n. 1, 2ª ed., Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, julho-dezembro/1991, p. 36.

² *Ibidem*.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 475.

⁴ *op. cit.*, p. 476.

⁵ DORNELLES. *op. cit.*, p. 36.

⁶ MIGUEL, Alfonso Ruiz. Derechos liberales y derechos sociales. In: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 15-16, Alicante: Doxa, 1994, p. 652.

⁷ DORNELLES. *op. cit.*, p. 37.

sociais, surge um novo rol de direitos complementares, amparados pelo princípio da igualdade e caracterizados por demandarem do Estado uma ação positiva, reivindicando a presença efetiva do Poder Público no sentido de implementar políticas públicas que assegurem sua plena realização.⁸ Os direitos de segunda geração, portanto, têm como titular não o indivíduo, mas setores da sociedade, traduzindo-se em reivindicações coletivas, cujo intuito é a garantia da qualidade de vida. Podemos mencionar como exemplos destes direitos, o direito à saúde, à educação, à moradia, ao saneamento básico, à previdência social, ao trabalho, dentre outros.⁹

A principal crítica que se faz em relação aos direitos da segunda geração, em contraposição aos da primeira, e, conseqüentemente, à evolução linear e progressiva dos direitos humanos, reside no tocante à sua eficácia. Alguns autores, ao referirem-se aos direitos econômicos, sociais e culturais, afirmam ser sua implementação praticamente impossível, face à sua própria natureza que demanda do Estado determinadas prestações materiais que nem sempre são viáveis em função da escassez ou ausência de meios e recursos para tal, sendo automaticamente remetidos à esfera meramente programática.¹⁰ Em contrapartida, os direitos de primeira geração, por demandarem apenas uma abstenção por parte do Estado seriam de aplicabilidade imediata, não tendo sua eficácia questionada. Este pensamento, predominante na fase

⁸ *Ibidem*.

⁹ Não obstante a análise deste trabalho restrita às duas primeiras gerações, existe, ainda, uma terceira geração de direitos humanos, que engloba os chamados direitos dos povos ou da solidariedade, dentre os quais podemos citar o direito à paz, o direito ao desenvolvimento, o direito à auto-determinação dos povos, o direito ao meio-ambiente saudável e ecologicamente equilibrado, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação, cujo fundamento reside na fraternidade, e que são, ao mesmo tempo, individuais e coletivos, posto que visam a proteger o ser humano na sua totalidade, interessando, dessa forma, tanto ao indivíduo e aos segmentos sociais quanto aos próprios Estados. DORNELLES, João Ricardo W., *op. cit.*, pp. 40/41.

E há, ainda, quem fale na emergência de uma quarta geração de direitos humanos, que englobariam os direitos das futuras gerações, os chamados direitos transgeracionais. Neste sentido, temos como exemplo, os casos de manipulação genética, onde a criação laboratorial de plantas transgênicas, o mapeamento genético e a clonagem interferem diretamente não apenas na dignidade das gerações futuras, mas também na nossa. CUNHA, José Ricardo. Direitos Humanos numa perspectiva pós-moderna? *In*: [s.n], [s.d], pp. 22, 35.

¹⁰ BONAVIDES. *op. cit.*, p. 476.

inaugural dos direitos da igualdade, apesar de ainda encontrar muitos adeptos, tem sido mitigado pelo advento da tese da indivisibilidade dos direitos humanos e do reconhecimento da justiciabilidade dos direitos da segunda geração em pé de igualdade com os da primeira.

A tese da indivisibilidade consagra a idéia de que os direitos humanos comportam um universo único e indivisível, com uma relação de interdependência, onde uma geração de direitos não substitui nem exclui a outra, pelo contrário, a complementa, justificando-se, inclusive, a criação de novas gerações de direitos.¹¹ Em outras palavras, não há como pretender enxergar os direitos individuais exclusivamente como liberdades negativas, ou os direitos econômicos, sociais e culturais apenas como liberdades positivas, limitando sua natureza, posto que a efetividade de uns condiciona e é pressuposto da efetividade dos demais. Nas palavras de Flávia Piovesan:

(...) sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. (...)¹²

Como conseqüência, os direitos econômicos, sociais e culturais se tornam tão justiciáveis quanto os civis e políticos, de sorte que não mais se pode fazer uso da seletividade discricionária para a implementação de uns em detrimento de outros.¹³ Ou seja, torna-se inadmissível a justificativa de que, frente à escassez de recursos materiais, escolham-se determinados direitos a proteger e promover à exclusão dos demais,¹⁴ adiando, dessa forma, a realização destes últimos a um futuro incerto.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, [s.d], p. 122.

¹² *op. cit.*, p. 123.

¹³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 1, p. 25.

¹⁴ *Ibidem*.

Havendo traçado um paralelo histórico-conceitual dos direitos humanos, cumpre-nos ingressar na abordagem de sua fundamentação, ou seja, “na investigação das razões que legitimam e motivam o seu reconhecimento”.¹⁵ Face à ampla discussão que o debate suscita, existem diversas concepções que o conduzem, variando desde aqueles que negam essa possibilidade teórica e até mesmo sua utilidade, até aqueles que, sustentando a importância da fundamentação, constroem teses argumentativas para tal, das mais distintas possíveis.¹⁶

No tocante àqueles que sustentam ser a discussão acerca da fundamentação dos direitos humanos inócua e desprovida de qualquer relevância prática, é de se ressaltar a tese defendida por Norberto Bobbio. O eminente jurista afirma que, atualmente, a principal preocupação dos filósofos e juristas deve ser não a de fundamentar tais direitos, posto que este problema já se encontra resolvido, mas a de procurar protegê-los e garanti-los, entendendo ser tal questão um problema político e não filosófico.¹⁷ Assim, nas palavras de Bobbio:

Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (...) Mas, quando digo que o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias, quero dizer que consideramos o problema do fundamento não como inexistente, mas como – em certo sentido – resolvido, ou seja, como um problema com cuja solução já não devemos mais nos preocupar. Com efeito, pode-se dizer

¹⁵ SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Fundamentando os Direitos Humanos: um breve inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 110.

¹⁶ Não obstante a análise do presente trabalho referir-se ao debate travado entre liberalismo e comunitarismo, existem diversas outras concepções que tentam fundamentar os direitos humanos. A título exemplificativo, citemos as abordadas pelo professor João Ricardo Dornelles em seu artigo *Notas sobre a fundamentação jurídico-filosófica dos direitos humanos*, p. 32: a concepção idealista, a concepção científico-positivista e a concepção crítico-materialista ou histórico-estrutural, bem como, o entendimento de Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva, em seu artigo *Fundamentando os direitos humanos: um breve inventário*, p. 112, para quem o debate é polarizado por duas grandes matrizes de pensamento: a subjetivista e a objetivista.

¹⁷ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10ª. ed. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p. 24.

que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem (...).¹⁸

Não obstante as considerações do ilustre jurista, devemos considerar algumas críticas às mesmas. Em primeiro lugar, não há que se negar aos direitos humanos a busca de um fundamento próprio, pois fundamentá-los, hoje em dia, é tão importante quanto protegê-los. Em um mundo contemporâneo, onde a diversidade e o antagonismo de valores e de princípios é questão cada vez mais predominante e conflituosa, a busca por um núcleo de valores que legitimem a existência destes direitos se torna imprescindível, até mesmo para que se possa pretender garanti-los. Seu fundamento importa em seu reconhecimento que, por sua vez, importa na sua aplicabilidade. Neste sentido, cite-se Añón Roig:

Os problemas de ordem justificatória colocam-se de relevo, como pedra de toque dos direitos humanos, em tudo o que é relativo a sua aplicação, interpretação ou tomada de decisões sobre alguns destes direitos e, nem se fale, quando estamos frente um conflito entre alguns deles, porque para isso os critérios relevantes não são tanto os direitos em si, mas sim a justificação racional da decisão e, nesse sentido, o que conta são os critérios de fundamentação. (...) ¹⁹

Em segundo lugar, considerar a fundamentação como um problema superado exclusivamente pelo fato de terem sido os direitos humanos positivados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, em razão do “consenso geral acerca de sua validade”²⁰, é tentar dar uma solução simplória a um debate filosófico de séculos, quando não uma visão ingênua acerca da efetividade destes direitos.

Ademais, a freqüente, sistemática e contínua violação dos direitos humanos por si só se caracteriza como motivação suficiente para a construção de sua justificação racional.²¹ Assim, o consenso geral que ensejou a elaboração da Declaração Universal de 1948 não apenas deixa

¹⁸ *op. cit.*, pp. 25-26.

¹⁹ ROIG, Añón *Apud* SILVA. *op. cit.*, pp. 107-108.

²⁰ BOBBIO. *op. cit.*, p. 26.

²¹ SILVA. *op. cit.*, p. 109.

sem solução o problema da proteção dos direitos humanos, face às contínuas violações dos mesmos, como também não finda a questão dos fundamentos.

Não é apenas no campo teórico-filosófico que a questão da fundamentação dos direitos humanos suscita fervorosos debates. Na prática, as razões justificadoras de sua implementação também são levantadas, como aconteceu na II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993. Nesta ocasião, o debate travado entre as Delegações de Portugal e da China ilustrou de forma proeminente o choque entre as concepções universalista e relativista dos direitos humanos.²²

A delegação chinesa, partindo de uma concepção histórico-positivista dos direitos humanos, defendeu o relativismo dos mesmos, afirmando que:

O conceito de direitos humanos é produto do desenvolvimento histórico. Encontra-se intimamente ligado a condições sociais, políticas e econômicas específicas, e à história, cultura e valores específicos de um determinado país. (...) Não há quaisquer direitos e liberdades individuais absolutos, exceto os prescritos pela lei e no âmbito desta. A ninguém é dado colocar seus próprios direitos e interesses acima dos do Estado e da sociedade, e a ninguém é permitido prejudicar os dos demais e do público em geral. (...).²³

A Delegação de Portugal, por sua vez, adotando a tese universalista dos direitos humanos com base numa concepção jusnaturalista dos mesmos, afirmou que os direitos humanos englobam os direitos frutos da própria natureza humana, preexistentes aos Estados e Governos²⁴, de sorte que:

Na origem da organização de nossas sociedades está o homem, com determinados direitos inalienáveis e imprescritíveis (...). Daqui deriva que o Estado (...) deve respeitar os direitos e a dignidade dos seus cidadãos e

²² TRINDADE, *op. cit.*, p. 216.

²³ *Idem*, p. 217.

²⁴ *Idem*, p. 218.

que não pode (...) ultrapassar a fronteira que lhe é imposta pela própria anterioridade dos direitos do homem e sua primazia relativamente a quaisquer fins ou funções do Estado. (...) Uma outra conseqüência desta concepção é o princípio da universalidade. (...) qualquer que seja o contexto geográfico, étnico, histórico ou econômico-social em que cada um de nós se insere, a cada homem assiste um conjunto inderrogável de direitos fundamentais. Não podemos admitir que, consoante o nascimento, o sexo, a raça, a religião,²⁵ se estabeleçam diferenças em torno de dignidade dos cidadãos (...).

Diante do exposto, concluímos que a fundamentação dos direitos humanos não é assunto resolvido, tampouco de reflexão prática imprestável e inútil²⁶, conforme queria Bobbio. Muito pelo contrário, suscita, ainda, muitos questionamentos e conflitos ideológicos já que, mesmo com o advento da Declaração Universal da ONU, de 1948, que introduz a concepção universal dos direitos humanos²⁷, o debate acerca de sua universalidade ou relatividade persiste, conforme exemplificado pela discussão travada na Conferência de Viena, retomando o velho dilema do alcance das normas de direitos humanos: são universais e, portanto, aplicáveis a todo ser humano, indistintamente, ou são relativizadas pela cultura de cada sociedade?²⁸

Ademais, tal disputa adquire novo vigor e importância no atual contexto histórico em que se vive: o da pós-modernidade. De um lado, a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos como ramo autônomo da ciência jurídica contemporânea mitigou as noções de soberania nacional e jurisdição doméstica²⁹ ao consagrar, frente ao Estado, a supremacia do indivíduo, que passa a ser sujeito de direito internacional e, conseqüentemente, a deter um rol específico de direitos – os direitos humanos – a serem protegidos internacionalmente³⁰, em toda e qualquer circunstância, trazendo a questão da universalidade dos

²⁵ Ibidem.

²⁶ SILVA. *op. cit.*, p. 106.

²⁷ PIOVESAN. *op. cit.*, p. 156.

²⁸ Ibidem.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

direitos humanos para o centro da temática. Por outro lado, o processo de globalização, típico da era pós-moderna, que, ao propiciar “a mobilidade dos fluxos populacionais transfonteiriços”³¹, permite o contato cada vez maior com outras culturas e povos, ensejando um pluralismo cultural crescente bem como colocando a diversidade cultural em voga, reflete a necessidade de se conjugar valores diferentes, ensejando o argumento da relativização do conceito absoluto dos direitos humanos.

2. Do Liberalismo

2.1. A primazia do indivíduo sobre a comunidade

Toda a doutrina liberal entende o Homem a partir de uma perspectiva monológica, como ser que vive isolado e independente em relação a seus semelhantes. Partindo da tradição liberal contratualista, afirma-se que os indivíduos são dotados de uma existência pré-social e pré-política, momento em que eles formam seus valores, já que são seres dotados de autonomia e razão próprias, o que os possibilita eleger os valores que seguirão. O indivíduo, portanto, possui uma identidade que se forma antes de sua inserção na comunidade. Ao nela inserir-se, ele já está dotado de moral e valor suficientes para determinar todas as suas escolhas individuais, já tendo consolidado sua identidade com base em valores próprios, construídos isoladamente e, por isso mesmo, intangíveis pelas regras e valores da comunidade em que se insere. Esta visão de que os indivíduos são seres isolados, independentes uns dos outros e dotados de características únicas e separadas³², nos remete à tese central da doutrina liberal: o individualismo, que “se refere à crença na primazia do indivíduo sobre qualquer coletividade ou grupo social”³³, ressaltando o valor intrínseco da pessoa humana com base na sua dignidade.³⁴

Desta forma, para os liberais a comunidade seria apenas uma associação de indivíduos, percebidos de forma isolada uns dos outros que estão agrupados por meras situações contingentes e não necessárias, de sorte

³¹ TRINDADE, Antonio Augusto. Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos. 1ª. ed. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 319.

³² VIEIRA, Daniela Arantes. *Alasdair MacIntyre e a crítica da modernidade: uma contribuição ao debate liberais versus comunitário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 39.

³³ *op. cit.*, p. 40.

³⁴ *Ibidem*.

que o indivíduo que nasce em determinada comunidade cultural pode escolher entre viver sua vida dentro da mesma ou assimilar-se por outra.³⁵

Com base nesse pensamento, e advogando o argumento do individualismo ético³⁶, os liberais enxergam o indivíduo como a prioridade, a unidade primária de teorização e de proteção, valendo mais do que os grupos ao qual pertence. Desta forma, tais grupos e as culturas que lhes são subjacentes apenas valem enquanto valerm os indivíduos que as compartilham, razão pela qual toda cultura pode e deve ser modificada ou abandonada caso deixe de valer para os indivíduos que a compõem.³⁷

Por conseguinte, esta característica da doutrina liberal que prima o indivíduo frente à sua comunidade, coloca-o como sujeito de imputação última de sua teoria moral³⁸, já que somente o indivíduo é detentor dos atributos que caracterizam uma pessoa moral, quais sejam, a individualidade, a autonomia e a dignidade, atributos estes que as entidades coletivas, como a comunidade, nação, povo e estado não possuem.³⁹

2.2. A primazia do justo sobre o bem

Partindo do pressuposto de que as comunidades são formadas por associações de indivíduos, cada qual com sua concepção particular sobre a sociedade, a justiça e o bem, além de objetivos pessoais que desejam perseguir⁴⁰, os liberais, influenciados pela teoria da justiça desenvolvida por John Rawls, na década de setenta, afirmam que é inviável a adoção de uma noção única de bem por determinada comunidade.

Desta forma, à comunidade cabe apenas facilitar o alcance dos objetivos pessoais dos indivíduos, com base em critérios imparciais que ensejem uma equidade, sem adotar ela mesma uma concepção acerca do bem viver, visto que essa facilitação não pode ser discriminatória.⁴¹

³⁵ FARREL, Martín. ¿Hay derechos comunitarios?. In: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 17-18, Alicante: Doxa, 1995, p. 80.

³⁶ VÁZQUEZ, Rodolfo. Derechos de las minorías y tolerancia. In: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 21-II, Alicante: Doxa, 1998, p. 471.

³⁷ *op. cit.*, p. 472.

³⁸ MIGUEL. *op. cit.*, p. 112.

³⁹ VÁZQUEZ. *op. cit.*, p. 471.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 124.

⁴¹ VIEIRA. *op. cit.*, p. 49.

Visando a este propósito, a noção de justiça de Rawls, entendida através de uma concepção política, assume papel fundamental:

Una concepción normativa de la política, según Rawls, no debe señalar cuáles son los fines últimos del hombre ni en qué consiste su felicidad. Esto es algo que cada individuo debe determinar por sí mismo y la concepción pública de justicia debe crear el marco adecuado para que cada individuo pueda intentar la realización de sus fines particulares, sean cuales sean(...).⁴²

Partindo de uma posição deontológica⁴³, pois, que nega “a concepção do homem como possuidor de uma essência definidora de seu fim”⁴⁴, os liberais defendem a primazia do justo sobre o bem, o que significa dizer que “*las ideas de bien para ser plausibles deben respetar los límites de la concepción política de la justicia*”⁴⁵. Isto não significa, entretanto, que as idéias de bem devam ser evitadas, o que seria impossível numa sociedade pluralista, mas que, nas palavras do próprio Rawls, “*las ideas usadas deben ser políticas: deben ser confeccionadas para adaptarse a las restricciones impuestas por la concepción política de la justicia y ajustarse al espacio que ésta permite*”⁴⁶.

Para justificar a antecedência da noção de justo frente às concepções de bem, Rawls desenvolve a tese de que, estando os indivíduos numa situação de racionalidade e imparcialidade, no estágio pré-social de sua existência, cada um “concordará com um conjunto básico de princípios que ordenem a sociedade, de modo a lhe assegurar uma inviolabilidade pessoal mínima que possibilite o livre desenvolvimento de sua personalidade e o máximo de bem-estar possível”⁴⁷. Tal procedimento é o que Rawls denomina de justiça como equidade, pois, neste momento de imparcialidade e racionalidade, todos os indivíduos estão em pé de

⁴² ALTABLE, Maria Pilar González. Liberalismo vs. Comunitarismo (John Rawls: una concepción política del bien). In: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 17-18, Alicante: Doxa, 1995, p. 120.

⁴³ VIEIRA. *op. cit.*, p. 46.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ ALTABLE. *op. cit.*, p. 121.

⁴⁶ RAWLS, John *apud* ALTABLE. *op. cit.*, p. 125.

⁴⁷ BARCELLOS. *op. cit.*, p. 125.

igualdade, podendo acordar livremente a respeito da regência da vida em comum. Segundo essa teoria procedimental “a justiça social é estabelecida contratualmente por indivíduos racionais, num processo racional de escolha, desvinculado de qualquer comunidade histórica ou de uma circunstância determinada dentro dela”⁴⁸, o que torna os princípios de justiça universais.

A noção de justiça numa concepção rawlsiana também é neutra, “*ya que su objetivo central no es defender una concepción general del bien como la única verdadera e imponerla a través de las instituciones sociales básicas, sino estructurar una sociedad libre donde los individuos puedan desarrollarse como personas libres e iguales, tomando como punto de partida la libertad, que es al mismo tiempo el contenido de la justicia*”.⁴⁹ Para desenvolver esta liberdade, entendida como principal fundamento da existência dos seres humanos⁵⁰, o Estado exerce uma função eminentemente instrumental, apenas fornecendo os meios para que os indivíduos possam perquirir a sua concepção de vida boa, além de proteger tal capacidade, desenvolvendo, desta forma, a autonomia individual, tão cara ao liberalismo e proibindo qualquer tentativa por parte do Estado de arrogar para si a função de determinar o que é bom ou ruim para os indivíduos bem como de promover o desenvolvimento de determinada concepção de vida boa em detrimento das demais.⁵¹

Não basta, entretanto, para o desenvolvimento dos indivíduos como pessoas livres e iguais, a não interferência do Estado nas suas concepções acerca da vida, razão pela qual Rawls defende o desenvolvimento nos indivíduos de determinadas virtudes políticas, como a tolerância, a razoabilidade e o sentido de equidade,⁵² que quanto mais desenvolvidas nos cidadãos estiverem, mais contribuirão para que a sociedade seja uma empresa cooperativa voltada para o benefício de todos, constituindo-se, assim, em um bem para todos os cidadãos que a compõem.⁵³

⁴⁸ VIEIRA. *op. cit.*, p. 48.

⁴⁹ ALTABLE. *op. cit.*, p. 123.

⁵⁰ VIEIRA. *op. cit.*, p. 45.

⁵¹ ALTABLE. *op. cit.*, p. 123.

⁵² *op. cit.*, p. 123.

⁵³ *Ibidem*.

A vida política, desta forma, tem relevo na vida do indivíduo, sendo valorada não como o bem por excelência constitutivo da vida boa tal como é interpretada na filosofia aristotélica, mas como parte do bem político e social dos cidadãos enquanto meio para proteção das liberdades básicas democráticas.⁵⁴

A concepção rawlsiana de um liberalismo igualitário, portanto, traz uma nova perspectiva para o pensamento liberal contemporâneo ao separá-lo de considerações neoconservadoras ou libertárias, como as de Hayek e Nozick⁵⁵, que defendem um liberalismo exacerbado, regido exclusivamente pelas leis do mercado e excessivamente egoísta. Neste sentido, Rawls abre uma nova visão para a reflexão político-liberal cujo objetivo central, conforme fora demonstrado, é *“hacer compatible el individualismo con una valoración de la sociedad, de la cooperación social, y donde libertad e igualdad no sean conceptos opuestos, sino que la afirmación del primero lleve a la realización del segundo”*.⁵⁶

2.3. O universalismo dos direitos humanos e a doutrina liberal

A universalidade dos direitos humanos, como predicado material dos mesmos⁵⁷, traduz-se na idéia de que tais direitos são concedidos a todos os seres humanos, sem distinção, independente das circunstâncias e do contexto a que estejam submetidos, bastando que se preencha o requisito mínimo de ser “ser humano”.⁵⁸ Neste sentido, os liberais fundamentam os direitos humanos como direitos morais, já que a moralidade é o atributo exclusivo dos indivíduos, que os caracteriza como tal, diferenciando-os, como visto, das entidades comunitárias.

Por conseguinte, a universalidade dos direitos humanos encontra esteio na sua própria moralidade básica, norteadada pela idéia de dignidade humana e pelos valores de liberdade, igualdade, seguridade e solidariedade, que sempre estiveram presentes na história da cultura.⁵⁹

⁵⁴ ALTABLE. *op. cit.*, p. 125.

⁵⁵ *op. cit.*, p. 118.

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ LAPORTA, Francisco J. Sobre el concepto de derechos humanos. *In: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 17-18, Alicante: Doxa, 1995, p. 32.

⁵⁸ *Ibidem.*

⁵⁹ *Op. cit.*, pp. 624, 625.

Para que se possa afirmar esta universalidade exige-se uma abstração na formulação dos direitos e uma ausência de um cenário concreto, de forma a descontextualizar os direitos humanos, razão pela qual os liberais os enxergam como inseridos no âmbito de uma ética comum e geral, ou seja, de um “*código realmente impersonal de acción moral*”⁶⁰, fruto dos princípios universais de justiça que independem de uma concepção de bem pré-determinada pela comunidade ou de alguma tradição particular.

Desta forma, a doutrina liberal afirma que os direitos das comunidades apenas podem ser considerados como direitos humanos na medida em que “*su reconocimiento y ejercicio promueven (...) los derechos individuales de sus miembros*”⁶¹, aceitando, conseqüentemente, a supressão dos valores ou práticas culturais que violem os direitos individuais.

Neste sentido, é inadmissível entender que os indivíduos exercem um direito a expressar sua cultura quando a forma de governo a qual estão submetidos perpetua uma tradição de miséria, ignorância e intimidação,⁶² violando sistematicamente seus direitos.

Afirmar, portanto, que determinadas práticas culturais devem perpetuar-se no tempo com base no único argumento de que se traduzem em tradições seculares, é, para um liberal, no mínimo, um conservadorismo extremo que não enxerga que muitas das práticas culturais prevalecentes somente o são por imposição de determinados setores da população à grande maioria, cujo consentimento é dado por medo ou por falta de interesse e prudência,⁶³ e não pela sua legítima vontade. Neste sentido é que os universalistas refutam o argumento costumeiramente empregado pelas nações carentes de uma tradição institucional liberal-democrática de que o reconhecimento dos direitos humanos não é sua prática habitual.⁶⁴ Nas palavras de Jack Donnelly:

⁶⁰ LAPORTA, Francisco apud MARTINEZ, Gregório Peces Barba. La universalidad de los derechos humanos. In: *DOXA*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 15-16, n. II, Alicante: Doxa, 1994, p. 616.

⁶¹ *op. cit.*, p. 472.

⁶² FARREL. *op. cit.*, pp. 75, 76.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ BARRY, Brian. Derechos humanos, individualismo y escepticismo. In: Cuadernos de Filosofía del Derecho, vol. 11, Alicante: Doxa, 1992, p. 220.

Nós não podemos passivamente assistir a atos de tortura, desaparecimento, detenção e prisão arbitrária, racismo, anti-semitismo, repressão a sindicatos e Igrejas, miséria, analfabetismo e doenças, em nome da diversidade ou respeito a tradições culturais. Nenhuma dessas práticas merece nosso respeito, ainda que seja considerada uma tradição.⁶⁵

Concluem os universalistas afirmando ser uma necessidade contemporânea a afirmação de determinados direitos universais que consagrem a dignidade da pessoa humana e o caráter moral dos direitos humanos, como uma forma de coibir as atrocidades praticadas por determinadas práticas comunitárias ao indivíduo e à sua esfera de liberdades fundamentais, formando “padrões mínimos universais de comportamento e respeito ao próximo”⁶⁶, que constituem um legado, não apenas do mundo ocidental, mas de todas as culturas.

3. Do Comunitarismo

3.1. A primazia da comunidade sobre o indivíduo

A doutrina comunitarista, enquanto escola de pensamento capaz de articular uma filosofia política particular⁶⁷, se desenvolve de forma especial na década de oitenta, nos Estados Unidos, como uma resposta ao modelo liberal-assistencialista norte-americano.⁶⁸ Desta forma, o referido contexto histórico, marcado por uma exacerbação do valor do indivíduo e de seus direitos em detrimento dos valores e da cultura da comunidade, bem como a visão de que o relacionamento mais relevante do indivíduo não é com os demais membros da comunidade em que vive, mas com o assistencialismo estatal⁶⁹, leva ao surgimento da doutrina comunitarista, que passa a representar, desde então, uma das mais contundentes críticas ao liberalismo.

Os comunitários têm como cerne de sua doutrina a defesa do coletivismo, afirmando que os indivíduos são “seres sociais, com identidade e comportamento moldados pelo grupo ao qual pertencem”.⁷⁰

⁶⁵ DONNELLY, Jack *apud* PIOVESAN. *op. cit.*, pp. 157-158.

⁶⁶ TRINDADE. *op. cit.*, p. 18.

⁶⁷ VIEIRA. *op. cit.*, p. 43.

⁶⁸ BARCELLOS. *op. cit.*, p. 131.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ VIEIRA. *op. cit.*, p. 39.

Enfatizam, pois, a dimensão social do indivíduo e das relações entre os mesmos, bem como das instituições⁷¹, o que leva, conseqüentemente, a uma “valoração do espaço comunitário, de forma que se reconheça os laços morais e culturais que interligam os seus membros (...)”⁷², culminando numa primazia da comunidade perante o indivíduo.

Assim, os comunitários partem de uma perspectiva dialógica do indivíduo, pela qual afirmam inexistir um momento pré-político ou pré-social através do qual os indivíduos formam seus valores. Pelo contrário, o indivíduo é formado no seio da vida coletiva e social, sendo fruto direto da comunidade cultural na qual se insere, de tal sorte que seu desempenho “é intensificado num contexto de pluralidade e de respeito aos valores centrais da comunidade da qual provém, desenvolvendo sua criatividade através desta mesma comunidade”.⁷³ Neste sentido, ressaltemos a reflexão da professora Gisele Cittadino acerca do pensamento de Michael Walzer:

(...)Walzer confere prioridade à comunidade em relação ao indivíduo, na medida em que ele é essencialmente um ser produzido culturalmente. Precisamente porque os sujeitos primários dos valores são as comunidades históricas específicas – e a correção destes valores é resultado exclusivo de sua efetiva aceitação – os indivíduos estão integralmente vinculados às culturas que eles criam e compartilham.⁷⁴

É dentro deste contexto, portanto, que a crítica comunitarista se dirige aos liberais, atacando “a supervalorização do elemento individualista do homem defendida por estes, bem como seus corolários: a visão do indivíduo desenraizado e só (...)”⁷⁵. Assim, os comunitários acusam a teoria liberal de ser o principal vetor de idéias que contribui para a

⁷¹ *Op.cit.*, p. 45.

⁷² SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. “A crítica comunitarista ao liberalismo”, in TORRES, Ricardo Lobo (org). “Teoria dos Direitos Fundamentais”. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 208.

⁷³ *Op. cit.*, p. 203.

⁷⁴ CITTADINO, Gisele apud BARBOSA, Ana Paula Costa. “A fundamentação do princípio da dignidade humana”, in TORRES, Ricardo Lobo (org). Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 75.

⁷⁵ BARCELLOS, Ana Paula de, *op. cit.*, p. 132.

fragmentação da sociedade, gerando indivíduos excessivamente egoístas, sem vínculos entre si, bem como carentes de solidariedade e de ideais comuns,⁷⁶ o que embaça a realidade comunitária, já que é impossível pensar uma sociedade baseada num completo individualismo e desprovida de qualquer identidade ou valores.⁷⁷

Desta forma, ao assumir como premissa que os seres humanos são “seres situados (*situated selves*), inseridos em um contexto de tradição e cultura”⁷⁸, o comunitarismo contrapõe-se à teoria liberal que constrói um modelo de indivíduo ou de agente moral excessivamente abstrato, o qual Michael Sandel denomina de “eu transcendental” ou “*unencumbered self*”, insurgindo-se, conseqüentemente, contra a perda de identidade dos integrantes das comunidades, em relação à família, à cidadania, e a quaisquer movimentos sociais da comunidade, eis que tal gera, o que se chama de “solidão das massas”⁷⁹, onde os indivíduos vivem geograficamente próximos mas ideologicamente distantes.

Ao afirmar a primazia da comunidade perante o indivíduo, o comunitarismo faz emergir os chamados direitos comunitários, que seriam os direitos da própria comunidade enquanto ente projetor de valores morais, ensejando uma supremacia destes direitos frente aos direitos individuais, defendidos pelo liberalismo. Assim, adotando-se uma tese comunitarista em sentido forte⁸⁰, a comunidade, para fazer valer seus interesses, pode, legitimamente, desrespeitar os direitos dos indivíduos⁸¹, tomados isoladamente.

Neste diapasão, a concessão de direitos comunitários significa aceitar a política da diferença, pela qual se reconhece a identidade única do grupo, bem como consiste em conceder certos direitos especiais a este grupo para permitir a preservação de sua identidade cultural, que

⁷⁶ Ibidem.

⁷⁷ SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da, op. cit., p. 205.

⁷⁸ Ibidem.

⁷⁹ SILVA. op. cit., p. 204.

⁸⁰ Tal tese representa os argumentos mais radicais do comunitarismo, em contraposição à tese comunitarista débil, também chamada de comunitarismo moderado, cujos argumentos centram-se em torno da tentativa de se delinear um meio termo entre os valores comunitários e algumas premissas liberais. A distinção entre comunitaristas débil e comunitaristas fortes é retirada dos artigos da Revista Doxa, fonte principal do presente trabalho.

⁸¹ FARREL. op. cit., p. 76.

resultaria ameaçada caso sua proteção ficasse a cargo dos direitos individuais.⁸² É desta forma, portanto, que os comunitaristas protegem as minorias, ensejando a defesa pela diversidade cultural, já que os direitos comunitários teriam o condão de permitir que essas minorias tenham e exerçam uma vida cultural própria.⁸³

3.2. A primazia do bem sobre o justo

O bem máximo a ser alcançado pelo indivíduo dentro de uma comunidade é a auto-realização, bem este que somente pode ser obtido mediante o exercício de uma vida pública. Neste sentido, o comunitarismo “procura demonstrar que a felicidade humana depende de que sejam levados ao espaço público – virtualidade política obtida pelo encontro e embate de ações e discursos – os valores em tensão brotados na comunidade que convive. A sua transparência, a sua publicidade retira-os da solidão e dá dimensão humana ao homem da vida privada (...)”.⁸⁴

A noção de bem comum, pois, revela-se, na doutrina comunitarista, de maior relevância se comparada à noção de justiça, tão cara aos liberais, refletindo uma posição teleológica por parte do comunitarismo, que defende que o “indivíduo deve viver para sua comunidade em torno de uma única idéia de bem comum”.⁸⁵ Neste sentido, Michael Sandel defende que a preocupação deve girar em torno não dos princípios deontológicos de justo, mas do bem comum, já que os indivíduos são em parte definidos pela comunidade em que vivem, estando, inclusive, vinculados aos seus objetivos.⁸⁶ Tal crítica, dirigida em especial ao liberalismo político de John Rawls – que considera a justiça como a virtude fundamental das instituições sociais – afirma que a justiça é um remédio necessário apenas nas circunstâncias em que a mais alta virtude, a comunidade, fora destruída.⁸⁷

⁸² *op.cit.*, p. 82.

⁸³ *op.cit.*, p. 84.

⁸⁴ SILVA. *op.cit.*, p. 219.

⁸⁵ VIEIRA. *op.cit.*, p. 45.

⁸⁶ *op.cit.*, p. 57.

⁸⁷ ALTABLE. *op.cit.*, p. 127.

Devemos ressaltar, entretanto, que o comunitarismo não nega a busca de uma noção de justiça. A divergência reside no fato de que, enquanto os liberais defendem uma justiça universal, válida para todos os homens posto que fruto da sua razão, os comunitários relativizam essa noção, afirmando que, por ser o homem um ser social e formado por valores advindos do grupo no qual se insere, a universalização da justiça, ou de qualquer outro valor, é impossível. Cada comunidade, de forma peculiar, alcança seu próprio entendimento de justiça⁸⁸, e somente ela pode contestar suas condutas, concluindo se são práticas justas ou não. Neste sentido é que Michael Walzer tece sua crítica ao liberalismo, pois “rejeita a existência de uma teoria da justiça universal e sustenta o princípio de uma igualdade complexa, segundo o qual cada tipo de bem social deve ser distribuído de determinada forma, estabelecendo distintas ‘esferas de justiça’”.⁸⁹ Assim, “tanto o procedimento para alcançar o justo quanto o justo propriamente dito são, para o referido autor, noções que decorrem dos valores compartilhados e do sentido social atribuído aos bens no âmbito de cada comunidade individualmente considerada, vale dizer: são relativos culturais”.⁹⁰ Nas palavras do próprio autor:

(...) hasta que no exista una sociedad, y el adjetivo justo no determina, sino solamente modifica, la vida sustantiva de las sociedades descritas. Hay un número infinito de posibles vidas formadas por un infinito número de posibles culturas, religiones, acuerdos políticos, condiciones geográficas, etc. Una sociedad dada es justa si su vida sustantiva es vivida de una cierta forma – esto es, en una forma fiel a la comprensión compartida por sus miembros.⁹¹

Neste sentido, Walzer admite a “crítica interna”, ou seja, que os membros de determinada comunidade critiquem as práticas perpetradas no seio dessa mesma coletividade, pois “em algum momento pode ser

⁸⁸ VIEIRA. *op. cit.*, p. 44.

⁸⁹ *Ibidem.*

⁹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 13.

⁹¹ WALZER, Michael *apud* ALTABLE. *op. cit.*, p. 129.

que certas ações ou práticas sejam simplesmente inconsistentes, no que se referem às suas normas, instituições e valores públicos”.⁹² Ao reconhecer nos membros de uma comunidade um núcleo de racionalidade, que os possibilita submeter as tradições de determinada sociedade a um escrutínio crítico, libera-se, em parte, o indivíduo de seus vínculos com a comunidade, afirmando que o fato de o indivíduo encontrar sua identidade moral através de sua pertença a comunidades não implica que ele tenha que aceitar as limitações morais destas formas de comunidade.⁹³ Não obstante tal consideração, inerente ao que se convencionou aqui chamar de “comunitarismo moderado”, todos os comunitários refutam veementemente a crítica externa em relação a cada comunidade, elaborada por indivíduos que não compartilhem dos mesmos valores dos que estejam inseridos em determinada cultura.

3.3. O comunitarismo e o relativismo cultural

Como consequência da visão eminentemente social do Homem, os comunitários adotam uma posição relativista acerca dos direitos. Neste sentido, afirmam que sua noção “está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade”⁹⁴, de sorte que “cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade”.⁹⁵ Desta forma:

(...) la inclusión en un contexto o tradición es la fuente de legitimidad de las normas morales. Una norma sólo puede ser vinculante si emana del marco comunitario al que pertenezco. Esto quiere decir que la obligatoriedad de una determinada concepción moral no puede extenderse de un modo universal.⁹⁶

Ademais, partindo do pressuposto de que cada comunidade tem sua noção de justiça própria, desenvolvida no seio da mesma, o comu-

⁹² BARBOSA. *op. cit.*, p. 86.

⁹³ FARREL. *op. cit.*, p. 77.

⁹⁴ PIOVESAN. *op. cit.*, p. 156.

⁹⁵ *Ibidem.*

⁹⁶ LOPEZ, Eduardo Rivera. Las paradojas del comunitarismo. In: *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 17-18, Alicante: Doxa, 1995, p. 99.

nitarismo não admite que o indivíduo aspire a escapar por completo da comunidade e entrar em um reino de máximas universais, que pertençam ao homem como tal e não como membro de uma comunidade. Frente à pluralidade de regras sobre a moral, que variam de uma comunidade para outra, a doutrina do relativismo cultural sustenta que não há como buscar uma moral universal, ou um princípio de justiça que seja universal e aplicável a todos os casos e em todos os lugares, de sorte que tanto a fundamentação e conteúdo da moralidade quanto sua obrigatoriedade surgem particularmente.⁹⁷

Desta forma, o comunitarismo afirma que tentar “buscar uma universalidade ou até mesmo o princípio de universalidade clamado por Kant, como critério para toda a moralidade”⁹⁸, como pretendem os liberais, é uma tentativa imperialista de “fazer com que valores de determinada cultura sejam gerais”,⁹⁹ simbolizando, em outras palavras, uma “arrogância do imperialismo cultural ocidental”, liderado pelas nações desenvolvidas, em especial os Estados Unidos, que tentam universalizar suas próprias crenças, ensejando, desta forma, uma “destruição da diversidade cultural”.¹⁰⁰ Neste sentido:

El carácter universalista de los derechos humanos ha conducido a algunos a expresar sus temores ante el imperialismo cultural que podría suponer. La idea de que los individuos de todo el mundo deben llegar a un acuerdo sobre sus derechos humanos, podría autorizar a los entusiastas de este peculiar desarrollo de la cultura europea para tratar sin miramientos otras culturas que no compartan esta concepción de la vida buena y la sociedad justa(...)¹⁰¹

Michael Walzer, criticando esse universalismo o qual classifica como pretensamente hegemônico¹⁰², propõe o chamado universalismo reiterativo, que seria compatível com determinados valores comunitaristas, como a nacionalidade, ao respeitar “*las particularidades y el camino que*

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ VINCENT, R.J. *apud* PIOVESAN. *op. cit.*, p. 158.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ PIOVESAN. *op. cit.*, p. 159.

¹⁰¹ MARTINEZ. *op. cit.*, p. 621.

¹⁰² LOPEZ. *op. cit.*, p. 110.

cada nación o comunidade elige para realizar sus propios valores”¹⁰³, de sorte que, pela proposta de Walzer, não seria admissível a intervenção ou expansão de uma nação sobre outra.

Desta forma, o comunitarismo justifica e aceita como válida toda e qualquer prática perpetrada no seio da comunidade, ainda que viole direitos humanos tidos como fundamentais. Partindo do pressuposto de que a moral é extraída da própria comunidade, suas tradições se tornam legítimas posto que reconhecidamente aceitas pelos indivíduos que a compõem. Assim sendo, do ponto de vista do comunitarismo, práticas tidas pelas sociedades de tradição liberal como atentadoras à dignidade humana e, conseqüentemente, violadoras dos direitos individuais, para as sociedades que as praticam são completamente válidas, já que inerentes ao seu “peculiar sistema moral”.¹⁰⁴ Um corriqueiro exemplo desta dicotomia é a clitoridectomia, prática de mutilação da genitália feminina constantemente efetuada pelas sociedades orientais, em especial a africana, e que é rechaçada pela cultura ocidental que a vê como um atentado violento à dignidade da mulher e ao seu direito individual de dispor sobre o próprio corpo.

Assim, o comunitarismo, no tocante aos direitos humanos, se traduz pela ótica de um relativismo cultural. Além de entender que os deveres dos indivíduos perante sua comunidade são prioritários sobre quaisquer outros deveres ou direitos, caracterizando o princípio aristotélico da prioridade do todo sobre as partes, ou seja, da cidade sobre os cidadãos, entendem que as comunidades humanas são diversas e estão submetidas a pautas culturais específicas e, portanto, a critérios morais particulares que obrigam somente dentro de sua órbita.¹⁰⁵ Por conseguinte, afastam por completo qualquer universalização de valores entendendo que tal tem o condão de homogeneizar as culturas, destruindo as minorias culturais e dissipando a diversidade cultural, tão cara aos comunitários.

Conclusão

Conforme demonstrado no presente trabalho, a fundamentação dos direitos humanos é um tema de crucial importância para uma abordagem

¹⁰³ Ibidem.

¹⁰⁴ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 157.

¹⁰⁵ MIGUEL, *op. cit.*, p. 97.

completa dos mesmos, caracterizando-se como “uma de suas dimensões constitutivas”.¹⁰⁶ Neste sentido, não podemos menosprezar o papel que a fundamentação exerce na aplicação dos direitos humanos, entendendo que seu debate já se encontra superado ou desprovido de relevância prática, como afirmava Bobbio, tendo em vista que ela contribui para a promoção do reconhecimento e da proteção dos mesmos.

Assim, ao analisar o instigante e infundável duelo teórico que o liberalismo e o comunitarismo desenvolvem para fundamentar os direitos humanos, podemos concluir que o liberalismo sai vitorioso na fundamentação dos mesmos, garantindo-os uniformemente. Tomemos como base o liberalismo igualitário desenvolvido por John Rawls que, ao defender uma teoria da justiça como equidade, conjuga os ideais de liberdade e de igualdade, promovendo tanto a garantia dos direitos de primeira geração, os civis e políticos, quanto a dos direitos de segunda geração, os econômicos, sociais e culturais, como uma categoria única e indivisível. Em contrapartida, o comunitarismo, ao afirmar que os direitos humanos são relativizados pelas culturas, não consegue construir uma teoria capaz de garantir os mesmos, justificando, inclusive, graves violações de direitos humanos que estariam imunes ao controle da sociedade internacional.¹⁰⁷

É neste sentido, portanto, que devemos pensar a fundamentação dos direitos humanos: como universalmente válidos e baseados em princípios de justiça universais. Face ao atual momento de crise de valores em que se vive, fruto da globalização dominante e opressora que mascara os verdadeiros ideais, devemos buscar uma hermenêutica que possa conciliar as “peculiaridades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas”¹⁰⁸ com direitos humanos universais, entendendo que a diversidade cultural não configura um obstáculo à universalidade dos direitos humanos. Pelo contrário, esta diversidade é o ponto de partida para se buscar um “denominador comum mínimo entre as distintas culturas do mundo” a ser ampliado através de um diálogo intercultural¹⁰⁹. Tal diálogo, longe de ser uma falácia, como pode parecer

¹⁰⁶ ROIG *apud* SILVA. *op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁷ PIOVESAN. *op. cit.*, p. 159.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. III, *op. cit.*, p. 310.

para alguns, é uma realidade plausível e necessária, no sentido de que ao nos mantermos abertos às distintas manifestações culturais, enquanto tais culturas se mantêm abertas aos “valores básicos subjacentes aos direitos humanos universais”¹¹⁰, estaremos ensejando uma diversidade cultural benéfica e consagradora da universalidade dos direitos humanos.

Referências bibliográficas

- ALTABLE, Maria Pilar González. Liberalismo vs. Comunitarismo (John Rawls: una concepción política del bien). *In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Vol. 17-18. Alicante, 1995.
- BARBOSA, Ana Paula Costa. A fundamentação do princípio da dignidade humana. *In: TORRES, Ricardo Lobo (org). Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. *In: TORRES, Ricardo Lobo (org). Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- BARRY, Brian. Derechos humanos, individualismo y escepticismo. *In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Vol. 11. Alicante, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- DORNELLES, João Ricardo W. Notas sobre a fundamentação jurídico-filosófica dos direitos humanos. *In: Direito, Estado e Sociedade*. 2. ed., nº 1. Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, julho-dezembro/1991.
- FARREL, Martín, ¿Hay derechos comunitarios?. *In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Vol. 17-18. Alicante, 1995.

¹¹⁰ *op.cit.*, p. 306.

- LAPORTA, Francisco J. Sobre el concepto de derechos humanos. *In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Vol. 17-18. Alicante, 1995.
- LÓPEZ, Eduardo Rivera. Las paradojas del comunitarismo. *In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Vol. 17-18. Alicante, 1995.
- MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. La universalidad de los derechos humanos. *In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Vol.15-16, n .II. Alicante, 1994.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Vol. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- MIGUEL, Alfonso Ruiz. Derechos liberales y derechos sociales. *In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Vol.15-16. Alicante, 1994.
- PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Max Limonad. [s.d].
- SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. Fundamentando os Direitos Humanos: um breve inventário. *In: TORRES, Ricardo Lobo (org). Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. A crítica comunitarista ao liberalismo. *In: TORRES, Ricardo Lobo (org). Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- _____. *Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos*. 1. ed. Vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- VÁZQUEZ, Rodolfo. Derechos de las minorías y tolerancia. *In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Vol. 21-II. Alicante, 1998.
- VIEIRA, Daniela Arantes. *Alasdair MacIntyre e a crítica da modernidade: uma contribuição ao debate liberais versus comunitários*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Notícias e Informações

Resumos das dissertações e teses defendidas no 1º semestre de 2004 no âmbito dos Programas de Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Dissertação de Mestrado

O PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E A CRESCENTE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DOS PARTIDOS DE OPOSIÇÃO NO BRASIL

Autor: Alexandre Pinho Fadel

Orientação: Ana Lúcia de Lyra Tavares

Data da defesa: 31/05/2004

Resumo

O trabalho trata do “presidencialismo de coalizão e da “judicialização da política”. Esses temas são estudados pelos cientistas políticos de forma estanque ou pouco correlacionados, isto é, sem fazer uma consciente vinculação entre ambos os fenômenos. De outro lado, os constitucionalistas atestam consequências da mútua relação entre os temas acima citados, mas não possuem condições de explicá-los com os seus métodos. A partir de uma ampla coleta de dados empíricos, constatou-se que, devido à dinâmica entre Presidente da República e a maioria parlamentar no Congresso Nacional, os partidos políticos de oposição têm diminuídas as suas oportunidades de participação efetiva no debate democrático, fazendo com que eles procurem outro locus para discutir, que é o judiciário através das ações diretas de inconstitucionalidade (adins) interpostas no Supremo Tribunal Federal.

Dissertação de Mestrado

A CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE AUTÔNOMA DIREITO E DEMOCRACIA NO ALVORECER DE UM NOVO PARADIGMA SOCIETAL

Autor: Daniele Russo Feijó de Moraes

Orientação: Carlos Alberto Plastino Esteban

Data da Defesa: 06/04/2004

Resumo

O projeto da autonomia é a linha mestra deste trabalho que segue basicamente as orientações de Cornelius Castoriadis e de Boaventura

de Souza Santos. Em busca da autonomia, percorreu-se os ensinamentos da psicanálise sobre a formação individual do sujeito humano, que tem no seu cerne a socialização. Dedicou-se também algumas linhas à crise de degenerescência vivida pelo paradigma moderno bem como aos reflexos desta crise no direito, isto é, na concepção do direito moderno. Viu-se que o paradigma moderno, mesmo com toda a sua eficiência, foi incapaz de contribuir para a autonomia social e individual, pelo fato de partir de uma concepção antropológica equivocada, que enxerga o homem à semelhança de uma máquina. O desprezo ao imaginário radical e social-histórico resultou na heteronomia do homem moderno e das sociedades atuais. Até mesmo a concepção hegemônica de democracia, a despeito de ser fruto exemplar do imaginário social, contribui para a heteronomia, na medida em que se valoriza a democracia representativa, ou seja, a democracia liberal, assentada em bases elitistas que reforçam, cada vez mais, o analfabetismo político das massas e reproduzem a heteronomia. Buscou-se apresentar uma nova concepção do sujeito, do direito e da democracia, visando contribuir para a construção do alicerce sobre o qual se sustentará a sociedade autônoma.

Dissertação de Mestrado

O DIREITO DE LITIGAR SEM ADVOGADO. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA DISCIPLINA DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA EM JUÍZO.

Autor: Fernando Antonio de Souza e Silva

Orientação: Antonio Carlos de Souza Cavalcanti Maia

Data da Defesa: 02/03/2004

Resumo

O acesso à justiça é uma preocupação constante dos juristas, em todo o mundo. No Brasil, a regra geral, com poucas exceções, é a necessidade da assistência de um advogado, na relação entre o litigante e o juiz. Este trabalho tem o objetivo de demonstrar que a atuação compulsória do advogado, no diálogo entre a parte e o Estado julgador, é indevida.

Como método, foram utilizadas as técnicas de argumentação jurídica e de exame de proporcionalidade, propostas por Robert Alexy. Inicialmente, foram analisados a semântica das normas que fundamentariam tal imposição, a intenção do legislador, os antecedentes históricos, as exceções à regra, um sistema estrangeiro que não aceita tal imposição, os princípios jurídicos envolvidos no problema, as normas de direito constitucional, de direitos humanos, de direito internacional não-internalizado e de direito internacional internalizado, os conceitos já arraigados na dogmática processual brasileira, a jurisprudência, os dados estatísticos, os argumentos analógicos e razões de índole prática. Em segundo momento, foram examinadas a legitimidade dos fins escolhidos pelo legislador, a necessidade da imposição do advogado, a adequação de tal medida e a ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes. Ao final, concluiu-se pela impossibilidade de manutenção da atuação obrigatória dos advogados, nos processos judiciais. Conseqüentemente, ficou claro existir o direito de litigar sem advogado, de maneira irrestrita.

Dissertação de Mestrado

A INTERNALIZAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Autor: Luiz Fernando Voss Chagas Lessa

Orientação: Nádía de Araújo

Data da defesa: 27/04/2004

Resumo

A Internalização dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição de 1988. A partir da promulgação da Constituição da República de 1988 a doutrina brasileira vem tentando defender a tese de que os pactos internacionais de direitos humanos são incorporados de forma automática ao direito interno, bastando para tanto sua ratificação no plano internacional. Os mesmo autores defendem, ainda, o status de norma de direito fundamental destes pactos uma vez incorporados. Partindo dessas duas assertivas, a presente dissertação, rejeita o primeiro postulado para afirmar que o caráter de norma constitucional das normas

internacionais internalizadas decorre antes de tudo de seu conteúdo e não da forma de sua internalização. Do mesmo modo, pugna o presente trabalho que a adoção do rito tradicional para a internalização de tratados internacionais que versem sobre os direitos humanos não significa outorgar ao Executivo carta branca para postergar a prática dos atos necessários para a sua incorporação. Ao final, defende a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário para assegurar a proteção dos direitos individuais ameaçados ou lesados por tal omissão.

Dissertação de Mestrado

A COMUNIDADE ABERTA DE INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: O AMICUS CURIAE COMO ESTRATÉGIA DE DEMOCRATIZAÇÃO DA BUSCA DO SIGNIFICADO DAS NORMAS

Autor: Luiz Sergio Mamari Filho

Orientação: Gisele Guimarães Cittadino

Data da Defesa: 22/06/2004

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar alguns aspectos concernentes à interpretação da Constituição. A tarefa de desvendar o significado da norma está condicionada pela inconstância semântica dos enunciados que exteriorizam seu conteúdo e pela pré-compreensão inerente a todo interprete. Estes dois dados, aliados aos métodos clássicos de interpretação jurídica, fazem da busca pelo teor da norma um ato de voluntarismo. Como forma de mitigar as escolhas individuais do interprete e, dessa forma, fazer da Constituição em importante elemento de integração social, investiga-se um meio que garanta a racionalização do processo de interpretação sem perder de vista o pluralismo característico das sociedades atuais. Acredita-se que mediante a ampliação do rol de agentes habilitados para participar do debate que antecede a fixação da substância da norma constitucional, isto é, possibilitando a integração deliberativa de um número maior de setores da sociedade, estar-se-á dando um importante passo no sentido de se atingir a interpretação mais adequada da Constituição. Entende-se que essa

perspectiva discursiva permite a introdução de um fator que debela e mitiga a vontade individual do intérprete, além de legitimar a imposição da própria Constituição. Além disso, mas na mesma direção, constata-se que a Constituição moderna, em função da abertura de seu texto e da diferenciação de densidade de suas normas, demanda a utilização de métodos de interpretação que, em detrimento da aplicação silogística de suas regras e princípios, a partir do primado da norma, valorizem a orientação tópica, aproximando os juízos formulados pelos intérpretes do caso concreto. Nos processos de controle concentrado de constitucionalidade que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, a figura do *amicus curiae*, dada pela legislação que regula a matéria, pode ser importante instrumento de defesa desta concepção democrática da interpretação da Constituição.

Dissertação de Mestrado

A TEORIA PURA DO DIREITO E A CLÁUSULA ALTERNATIVA TÁCITA

Autor: Marcelo do Nascimento Silva Porciúncula

Orientação: Alejandro Bugallo Alvarez

Data da defesa: 20/04/2004

Resumo

A Teoria Pura do Direito despontou na primeira metade do século XX como uma vigorosa crítica à teoria jurídica tradicional. A posição que contra esta dirigiu consiste em um impressionante empreendimento epistemológico, articulado de modo a afastar do estudo do Direito elementos políticos e métodos com outras ciências compartilhados. Seu autor, Hans Kelsen, pretendia dotar o jurista de um aparato teórico que lhe permitisse contemplar seu objeto de estudo com a mesma qualidade e exatidão já alcançadas por quem das ciências naturais se ocupava. Para tanto, ele considerava necessário que o saber jurídico fosse alçado à categoria de saber científico autônomo, o que buscou realizar com o desenvolvimento da sua célebre doutrina. Não obstante o incontestável avanço que representou, a Teoria Pura do Direito parece conter em seu discurso um problema insolúvel que compromete sua integral

sustentabilidade. Trata-se da Cláusula Alternativa Tácita, tese kelseniana versada aqui, cujo delineamento é antecedido pela investigação das premissas e conceitos fundamentais à sua compreensão.

Dissertação de Mestrado

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FOMENTADOR DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS: O EXERCÍCIO DA ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 129, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Autor: Renata Scarpa Fernandes Borges

Orientação: Francisco Mauro Dias

Data da defesa: 21/01/2004

Resumo

A presente dissertação tem como objetivo analisar o papel do Ministério Público Brasileiro na concretização dos direitos sociais por parte da Administração Pública. Para a melhor abordagem do tema, nos dois primeiros capítulos são estudados o Ministério Público e a Administração Pública, tal como delineados na Constituição. A seguir, passa-se à análise dos direitos sociais e sua efetivação. Defende-se a concepção de que os direitos sociais devem ser considerados direitos fundamentais e de aplicação imediata. A falta de recursos orçamentários não pode justificar a ausência de políticas públicas garantidoras destes direitos sociais. Uma sociedade justa só será alcançada quando estes direitos estiverem garantidos. Por isso, cabe ao Ministério Público atuar pela concretização destes direitos, pois essa é a missão institucional do Parquet descrita no art. 129, II, da CF, qual seja, a de zelar para que os Poderes Públicos efetivamente respeitem os direitos assegurados na Constituição.

Dissertação de Mestrado

NORMAS CONSTITUCIONAIS E COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. A QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO PELA AUTORIDADE FISCAL

Autor: Sayonara Gonçalves da Silva Mattos

Orientação: Gisele Guimarães Cittadino

Data Da defesa: 29/06/2004

Resumo

A coexistência de valores e interesses diversos nas sociedades atuais exige que o ordenamento jurídico não se deixe mover por normas unilateralmente fixadas ou valores absolutos. No Brasil, a mesma Constituição que assegura o direito à intimidade, considerado pela doutrina e jurisprudência fundamento do sigilo bancário, estabelece ser facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade ao princípio da capacidade econômica do contribuinte, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes, sendo vedado atribuir tratamento desigual àqueles que se encontrem em situação equivalente. Além disso, é inegável o fato de que as instituições financeiras vêm sendo utilizadas com finalidade ilícita, servindo de meio para a realização de crimes como a lavagem de dinheiro e a evasão de divisas, cujo combate têm se intensificado tanto no Brasil, quanto no cenário mundial. Neste processo, surge a tensão entre o interesse público na obtenção, pela autoridade fiscal, de dados que podem comprovar a realização de ilícitos e proporcionar a concretização dos princípios da isonomia e da capacidade contributiva, e a necessidade de proteção da esfera privada do indivíduo, objeto da presente dissertação.

Dissertação de Mestrado

**CRITÉRIOS PARA A PONDERAÇÃO NO DIREITO PENAL E
PROCESSUAL PENAL: O APORTE DA TEORIA GARANTISTA
AO DEBATE BRASILEIRO SOBRE
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Autor: Thiago Bottino do Amaral

Orientação: José Ribas Vieira

Data da defesa: 27/04/2004

Resumo

A presente dissertação tem por objetivo estabelecer critérios para a ponderação no Direito Penal e Processual Penal utilizando a contribuição da teoria garantista ao debate brasileiro sobre direitos fundamentais. Esses critérios estão orientados para a prevalência dos direitos fundamentais e, em especial, das liberdades individuais, sobre o interesse público repressivo, no âmbito do direito criminal. A utilização da técnica de ponderação, por implicar num juízo subjetivo e valorativo do direito, traz consigo o risco de uma atuação jurisdicional que ameace conquistas como o Estado de direito, a democracia e os direitos fundamentais. Pretende-se estabelecer uma reserva de ponderação dessas garantias a partir da afirmação de margens ou limites para essa atuação do Poder Judiciário. Outrossim, esses critérios são estabelecidos sob a égide da racionalidade (que deve estar presente na fundamentação do Estado, na justificação do direito e na atuação jurisdicional) e do garantismo.

Dissertação de Mestrado

LUTA POR RECONHECIMENTO NO BRASIL: UMA AFIRMAÇÃO DA AUTENTICIDADE OU DA PERSPECTIVA NORMATIVA DA DIGNIDADE ?

Autor: Thula Rafaela de Oliveira Pires

Orientação: Antonio Carlos de Souza Cavalcanti Maia

Data da defesa: 28/05/2004

Resumo

O objetivo deste trabalho é trazer as principais contribuições teóricas acerca do debate sobre reconhecimento. Vivemos uma época em que o eixo da política e do poder desloca-se cada vez mais das lutas de distribuição para as lutas por reconhecimento simbólico. As sociedades democráticas contemporâneas são marcadas pela tensão entre a força homogeneizadora de uma cultura mundial e o acirramento das lutas em defesa de identidades particulares. A falta de reconhecimento ou o falso reconhecimento resultam em uma formação distorcida da própria identidade, assim, o reconhecimento não pressupõe cortesia, mas algo que deve ser garantido aos outros por consistir uma necessidade humana vital. A partir das reflexões propostas por Charles Taylor, Jürgen Habermas e Axel Honneth, pretendemos aproximar a temática, geralmente empreendida no campo da filosofia política, do Direito Constitucional e da realidade brasileira.

**Resumos /
Abstracts**

CORDEIRO, Alexandre Delduque. *A recepção do princípio da moralidade administrativa no direito brasileiro*. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 24, jan.-jun. 2004, Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio.

Resumo

O presente trabalho pretende abordar a recepção do princípio da moralidade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, a partir da elaboração do conceito no direito francês. Assim, são perqueridos os motivos que ensejaram a recepção, os agentes responsáveis e os efeitos para a ordem jurídica brasileira. Por fim, são apontadas as perspectivas abertas por esse transplante para as práticas administrativas brasileiras, ainda carentes de uma mudança ética por parte dos dirigentes públicos.

Palavras-chave

Recepção; princípio da moralidade administrativa; direito francês; direito brasileiro.

Abstract

The present work intends to consider the reception of the principle of administrative morality in the Brazilian legal system, in view of the elaboration of the concept in the French law. Therefore, the paper explores the motives that determined the reception, the agents responsible and the effects to the Brazilian legal system. At last, it examines the perspectives opened by this transplant to the administrative practices in Brazil, still in need for ethical changes considering the public administrators.

Key-words

Reception; principle of administrative morality; French law; Brazilian law.

FERNANDES, Bianca Stamato. *A recepção do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira*. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 24, jan.-jun. 2004, Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio.

Resumo

O objetivo do presente trabalho é traçar um estudo da recepção do *amicus curiae* na jurisdição constitucional brasileira. Para tal faz-se necessário um

corrente teórica abordando a definição na jurisdição constitucional e marcando a distinção da atuação da CVM como *amicus curiae* pela Lei 6385/76. O estudo ressalta a importância do instituto ao introduzir na jurisdição constitucional uma legitimação do processo de interpretação da Constituição pelo teste do debate público.

Palavras chave

Jurisdição constitucional; *amicus curiae*; democracia; espaço público.

Abstract

The present essay intends to offer a study about the reception of the *amicus curiae* in the Brazilian judicial review. For this purpose it is necessary to elaborate an approach involving its definition for the judicial review and the distinction from the CVM's legitimation as *amicus curiae* granted by the statute number 6385/76. This work remarks the importance of the so called institute so as to introduce in the Brazilian judicial review a legitimation of the process of interpretation of the Constitution by the test of public debate.

Keywords

Judicial review; *amicus curiae*; democracy; public space.

HALIS, Denis de Castro. A supremacia judicial em debate: ativismo, fabricação de decisões e democracia. *In: Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 24, jan.-jun. 2004, Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio.

Resumo

A partir de diagnósticos plurais selecionados sobre o grau e a qualidade da intervenção judicial na sociedade, busca-se melhor perceber as fronteiras da atuação do Poder Judiciário. Procura-se sublinhar os efeitos que a “fabricação judicial” de decisões vem produzindo nas relações sociais e políticas, para se tentar entender em que grau isso pode ser defensável ou não. Tais diagnósticos foram elaborados por autores brasileiros e norte-americanos. A abordagem prioriza a análise de julgados da Corte Superior de cada um desses países.

Palavras-chave

Supremacia judicial; Ativismo; “Fabricação” de decisões; democracia; política.

Abstract

Starting from selected different readings about the degree and the quality of the judicial intervention in society, this study intends to better perceive the frontiers of the acting of the judicial branch. It seeks to point out the effects that the “judicial fabrication” of decisions has been producing in the social and political relations, to try to understand in which level this can be defended or not. Such readings were made by Brazilian and North-American scholars. The approach values the analysis of the decisions of the Superior Court in each of these countries.

Key words

Judicial supremacy, activism, “fabrication” of decisions, democracy, politics.

LEITE, Fábio Carvalho. A Lei Habilitante na Constituição da Venezuela de 1999. *In: Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 24, jan.-jun. 2004, Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio.

Resumo

O presente artigo pretende analisar o instituto da lei habilitante na nova Constituição da Venezuela (1999), através do estudo de suas características e origens na história constitucional venezuelana.

Palavras-chave

Lei habilitante; Venezuela; Constituição.

Abstract

The present article intends to analyze the institute of “Enabling Law” (Ley Habilitante) in new Venezuelan Constitution (1999), through the study of its characteristics and its origins in Venezuelan constitutional history.

Key words

“Enabling Law”; Venezuela; Constitution.

CALAZANS, Paulo Murillo. A normatividade dos princípios nos sistemas do *common law* e romano-germânico. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 24, jan.-jun. 2004, Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio.

Resumo

A normatividade que hoje inequivocamente se atribui aos princípios jurídicos decorre de uma longa caminhada na história na metodologia jurídica, que logrou construir os fundamentos necessários e superar as dificuldades de justificação que, em diversos momentos, e sob disfarces ideológicos diversos, se apresentaram ao longo da mesma. Além disso, este percurso metodológico seguiu caminhos distintos dentro dos dois sistemas fundamentais do direito ocidental, o romano-germânico e o *common law*. Neste, a atividade jurisdicional, lastreada, desde sua origem, na *lex terrae*, e sempre guardando estreita proximidade com as relações sociais às quais se dirigia, constituiu a fonte principal de sedimentação dos princípios na sua lógica jurídica, reconhecendo-os e declarando-os. Naquele, de manifestação eminentemente codificada, tanto o reconhecimento como a constituição dos princípios se deram através das sucessivas deliberações que a história dos parlamentos registrou. E pela obra da teoria geral do direito se assegurou a inscrição dos princípios nos textos fundamentais, alcançando a normatividade que se lhe tornou necessária e que a evolução das relações humanas passou a requerer. Em ambas, estiveram presentes o fito de reconhecer a superioridade axiológica e a normatividade plena dos princípios, a fim de evitar erros metodológicos que permitiram (e ainda permitem) as maiores teratologias da história, sob o manto de uma pseudo-justiça, assim como permitiram a solidificação da noção que a força legitimatória dos princípios deriva de seus próprios autores, que são, a um só tempo, também seus destinatários.

Palavras-chave

Princípios Jurídicos; Metodologia Jurídica; *Common Law*; Romano-Germânico; Jusnaturalismo; Positivismo; Pós-Positivismo; Jurisprudência dos Valores; Normatividade.

Abstract

The normativity that today one may find undoubtedly inherent to the principles of law derives from a long walk in the legal methodology history,

which achieved to build the necessary foundations and overcoming the obstacles that have always arisen along its path on different moments of history and under distinct ideological disguises in the field of justification. Furthermore, this methodological development followed different paths inside the two greatest western law systems, the common law and the roman-germanic. In the former, jurisdiction has been the key element in recognizing and declaring the existence of the principles of law as well as securing its effectiveness within the system's methodology, for jurisdiction in the common law system has been, since its very origins, close to the *lex terrae* and therefore deeply rooted in the social relations it has been intended to shelter. In the latter, due to its namely coded nature, both the recognition and the constitution of the principles are outcomes of the history of public deliberations conducted inside the states' assemblies. And by the work of the Legal Theory the principles had its inscriptions secured and stamped inside the bodies of the fundamental charters, therefore reaching the normativity that the principles by its own nature require and that the ever-developing human relations demand. In both cases, the deliberate goal has always been recognizing the axiological superiority and integral normativity of the principles of law, avoiding the methodological errors of the past that have allowed the greatest atrocities in mankind's history under the excuse of a false justice. Likewise, it has fortified the idea that the legitimizing force of the legal principles derive from its own authors, which are also and at the same time its designated beneficiaries.

Key-words

Principles of Law; Legal Methodology; *Common Law*; Roman-Germanic; Natural Law; Positivism; Post-Positivism; Jurisprudence of Values; Normativity.

CASTELO BRANCO, Pedro Hermílio Villas Boas. *Resenha do livro Liberalism, Constitucionalism, and Democracy, publicado em 1999, da autoria de Russel Hardin. In: Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 24, jan.-jun. 2004, Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio.*

Resumo

A teoria da coordenação, proposta por Russel Hardin, em *Liberalism, Constitucionalism, and Democracy*, não inclui apenas numa revisão dos

conceitos de liberalismo, constitucionalismo e democracia, mas busca formular uma análise sociológica isenta de forte apelo normativo. A teoria da coordenação de Russel Hardin é uma dura crítica a teorias constitucionais que buscam princípios consensuais. O interessante livro do autor alcança de forma instigante seus objetivos, contudo não logra escapar das amarras das teorias normativas que busca criticar.

Palavras-chave

Liberalismo; constitucionalismo; democracia; coordenação; operacionalidade e auto-efetividade.

Abstract

The theory of the coordination proposed by Russel Hardin, in *Liberalism, Constitutionalism, and Democracy*, does not only consist in a revision of such concepts but searches to formulate a sociological analysis exempt of strong normative demands. The theory of the coordination of Russel Hardin is a hard critic to the constitutional theories which are based in consensual principals. The interesting book achieves his objectives, however is not able to escape from normative theories that it tries to criticised.

Key-words

Liberalism; constituicionalism; democracy; coordination; workability and self-enforcement.

OLSEN, Teresa Cristina Tschepokaitis. Uma introdução ao debate acerca da fundamentação dos direitos humanos: liberalismo *versus* comunitarismo. In: *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 24, jan.-jun. 2004, Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio.

Resumo

Contrapondo os princípios das principais doutrinas filosóficas contemporâneas – o liberalismo e o comunitarismo –, o presente trabalho discute a importância da fundamentação dos direitos humanos na efetividade dos mesmos. Enquanto os liberais, ao verem no indivíduo o sujeito último de sua teoria moral, justificam direitos humanos universalmente válidos, os comunitários, primando os valores da comunidade e enxergando o indivíduo como um ser produzido

culturalmente, entendem que os direitos humanos são relativos culturais, fruto exclusivo da época e do contexto em que são produzidos. Desta forma, o liberalismo de Rawls, ao defender uma teoria da justiça como equidade, conjuga os ideais de liberdade e de igualdade, promovendo a garantia dos direitos de primeira e de segunda gerações, de sorte que a fundamentação dos direitos humanos em princípios de justiça universais se torna plenamente válida, sem prejuízo da diversidade cultural típica das sociedades democráticas contemporâneas.

Palavras-chave

Direitos Humanos; fundamentação; liberalismo; comunitarismo; universalismo; relativismo cultural; liberdade; igualdade; indivíduo; comunidade; justo; bem.

Abstract

Contradicting the principles of the main philosophical contemporary doctrines – liberalism and communitarism – this paper brings to the center of the discussion the importance of human rights' foundation on its own applicability. While liberals see the individual as the main subject of its moral doctrine, justifying universal human rights, the communitarian ones privilege communitarian values and see the individual as a product of its own culture, taking human rights as culturally relative, derived from the time and context in which they are formed. Therefore Rawl's liberalism, by taking a theory of justice as equity, conjugate both ideals of liberty and equality, guaranteeing first and second generation of rights, in such a way that the human rights' foundation on universal principles of justice is taken in perfect harmony with the typical cultural diversity of the contemporary democratic societies.

Key-words

Human Rights; foundation; liberalism; communitarism; universalism; cultural relativism; liberty; equality; individual; community; fair; good.

Normas de Publicação

Os trabalhos enviados para publicação na Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio – *Direito, Estado e Sociedade* – deverão ser inéditos ou ter tido circulação restrita. Se sua publicação estiver pendente em outro local, solicita-se avisar à Coordenação de Publicação assim que receber a aceitação. Não serão aceitos artigos que circularem na Internet.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em disquete e acompanhados de uma cópia impressa. O processador de texto recomendado é o Microsoft Word. É permitido, contudo, utilizar qualquer processador de texto, desde que os artigos sejam gravados no formato .rtf (*Rich Text Format*), formato de leitura comum a todos os processadores de texto.

3. Os trabalhos deverão ser precedidos ou sucedidos por uma folha com o título do trabalho, nome do autor (ou autores), endereço, telefone, e-mail, situação acadêmica, títulos, instituições a qual pertença e a principal atividade exercida. Se for o caso, deve-se expressamente autorizar sua divulgação na *home page* do Departamento de Direito. Os artigos só serão divulgados na *home page*, porém, um ano após sua publicação impressa.

4. Quanto à forma, os trabalhos deverão ter preferencialmente entre 15 e 20 laudas. Os parágrafos devem ser

alinhados a 1,27 cm da margem esquerda escrita. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina este, automaticamente. A fonte utilizada deve ser *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos não devem ter entrelinha; as margens são de 3,0 cm no lado esquerdo, 3,0 cm no lado direito e 2,5 cm nas margens superior e inferior. O tamanho do papel deve ser A4.

5. Qualquer destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso do *itálico*. Não deve ser usado o negrito ou o sublinhado. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas com recuo de 2 cm, somente na margem esquerda escrita, mesma fonte *Times New Roman*, mas em corpo 11, sem o uso de itálico e nem de aspas.

6. Se o trabalho contiver sub-divisões, deverá ser precedido de um Sumário, numerado, com as divisões do texto, separada cada divisão da outra por um travessão. Exemplo:

Sumário: 1. Realidade social e ordenamento jurídico; – 2. Regras jurídicas e regras sociais; – 3. O jurista e as escolhas legislativas; – 4. O Código Civil; – 5. A Constituição; – 6. A chamada descodificação; – 7. Conclusão.

7. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). A referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição; ponto; palavra edição abreviada; ponto; local; espaço; dois pontos; espaço; editora (suprimindo-se os elementos que designam a natureza comercial da mesma); vírgula; ano da publicação; ponto. Exemplo:

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

8. O Conselho Editorial da Revista reserva-se o direito de propor modificações ou devolver os trabalhos que não seguirem essas normas. Os autores poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

9. Todos os trabalhos recebidos serão submetidos ao Conselho Editorial da Revista, ao qual cabe a decisão final sobre a publicação. Os trabalhos recebidos durante o ano e aprovados pelo Conselho Editorial não necessariamente serão publicados nos números da Revista do mesmo ano, podendo ser publicados em números ulteriores.

10. Trabalhos de alunos de graduação, excepcionalmente, poderão vir a ser publicados mas, para serem submetidos ao Conselho Editorial, deverão ser

encaminhados à Coordenação de Publicação por um professor.

11. Os artigos publicados poderão ser também divulgados na *home page* do Departamento, desde que o autor (ou autores) autorize(m) expressamente tal divulgação.

12. Os trabalhos não publicados só serão devolvidos se for feita solicitação neste sentido, até um ano após o seu envio.