

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE



Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
Departamento de Ciências Jurídicas
nº 5, agosto/dezembro de 1994

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Departamento de Ciências Jurídicas

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

n° 5, agosto/dezembro 1994

Direito, Estado e Sociedade - Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio - n° 5, agosto/dezembro de 1994.

Direção do Departamento de Ciências Jurídicas

Maria Celina Bodin de Moraes

Conselho Editorial

**Alejandro Bugallo Alvarez
Ana Lúcia de Lyra Tavares
Joaquim de Arruda Falcão Neto
José Eduardo Campos de Oliveira Faria
José Ribas Vieira
Maria Celina Bodin de Moraes
Tânia da Silva Pereira**

Coordenação de Publicação

Gisele Guimarães Cittadino

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE, n° 5,

1994

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade

Católica do Rio de Janeiro,

Departamento de Ciências Jurídicas.

I. Direito

Os artigos deverão ser enviados para a Secretaria do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio - Rua Marquês de São Vicente, 225/ Ala Frings - 6º andar - Gávea - Rio de Janeiro - RJ - Brasil.

SUMÁRIO

Artigos e Ensaios

Direito e Democracia <i>Antonio Carlos Wolkemer</i>	1
Direito de Resposta <i>Alcyone Barreto</i>	9
Análise do Núcleo Intangível das Garantias dos Direitos Humanos em Situações Extremas: Uma Interpretação do Ponto de Vista do Direito Internacional Público <i>Celso Albuquerque Mello</i>	13
Novas Formas de Entidades Familiares: Efeitos do Casamento e da Família não Fundada no Matrimônio <i>Gustavo Tepedino</i>	25
Certificado de Mercadorias e Serviços: A Declaração Unilateral de Vontade como Fonte de Obrigação <i>João Afonso da Silveira de Assis</i>	41
A Inflação Legislativa e a Crise do Estado no Brasil <i>José Eduardo Faria</i>	49
Do Licenciamento na Política Ambiental Brasileira e na Proteção ao Meio Ambiente <i>José H. Fischel de Andrade</i>	61
A Função da Justiça. Resolução de Conflitos e seus Instrumentos de Análise <i>José Ribas Vieira</i>	73
Primeiras Notas sobre a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais <i>Lauro da Gama e Souza Jr.</i> <i>Nadia de Araujo</i>	81
Considerações sobre as Origens do Mandado de Injunção <i>Regina Quaresma</i>	89

A (Des)Ventura do Ocidente <i>Eleonora Freire Bourdette Ferreira</i>	101
Democracia Semidireta no Brasil. Plebiscito, Referendo, Iniciativa Popular Legislativa. Teor Comunicativo e Procedimento <i>Adrian Sgarbi</i> <i>Christianne Cotrim Assad</i>	113
Jurisprudência	
Obrigação de Fazer. Telerj. Linha Telefônica. Procedência <i>Cristina Tereza Gaulia</i>	141

DIREITO E DEMOCRACIA

Antonio Carlos Wolkemer*

Não há dúvida que se impõe, presentemente, a necessidade e significação de se repensar as relações entre o Direito e a Democracia. Antes de mais nada, discutir e articular um novo Direito na implementação de um política democrática que direcione e reproduza um espaço comunitário descentralizado e participativo. A configuração democrática de processos comunitários compreende a utilização de estratégias de ação transformadores com a participação ativa de novos sujeitos de juridicidade.

Por certo, o estágio de acumulação do Capitalismo transnacional e as mudanças da sociedade industrial de massa acabaram por impulsionar não só uma crise de legitimação social e de representação política, mas sobretudo, uma crise da administração e aplicação da justiça. Assim, toda e qualquer proposta de transformação do paradigma jurídico liberal-individualista no espaço periférico e dependente passa, hoje, obrigatoriamente por políticas democráticas assentadas na "descentralização", "participação popular", "poder local", "controle das bases" e "sistema de conselhos".

Quando se dissemina toda uma discussão sobre a mudança dos paradigmas no nível do político e do social e sobre formas alternativas de legitimidade a partir de novos sujeitos coletivos de juridicidade, torna-se imperioso recuperar a conceptualização de "comunidade"¹. Ainda que possa carregar um sentido por vezes vago e difuso, a noção de

* Professor titular de "História das Instituições Jurídicas" da UFSC. Doutor em Direito e membro do Instituto dos Advogados Brasileiros-RJ.

¹ A propósito do significado de "comunidade", ver: WOLFF, Robert. *A Miséria do Liberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990. p. 149-177; GOHN, Maria da Glória. "A volta do mito e seus significados". In: *Revista Humanidades*, Brasília: Unb. 7 (01): 54-60; FRANCO MONTORO, André. *Alternativa comunitária: um caminho para o Brasil*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. p.13, 20-5; OLIVEIRA, Pedro Cardoso de.

"comunidade" implica num certo aglomerado social com características similares, interesses comuns e identidade própria, que, ainda que inseridas num espectro de relações pulverizadas por consenso/dissenso, interligam-se por um lastro geográfico espacial, coexistência ideológica e carências materiais². No universo de compreensão da comunidade há de se convir que a justificação ética para o que seja "interesse público" e "bem geral" está assentada na "consciência de reciprocidades" valorativas. A percepção essencial de que a comunidade é a instância de subjetividades individuais e coletivas que "experimenta uma reciprocidade de consciência", envolve todo um conjunto de valores que, se estão íntima e genericamente vinculados às necessidades humanas fundamentais, podem, por que não, mais especificamente, expressar a sociabilidade afetiva, produtiva e racional. Ao priorizar esses valores sociais, Robert Wolff, concebe a existência de um "comunidade afetiva" pela "reciprocidade de consciência" de uma cultura compartilhada e de uma situação possível de bem geral para todos. Ademais, a "reciprocidade de consciência" está presente, igualmente, tanto na "comunidade produtiva" enquanto dinâmica de atuação e participação nas forças geradoras da riqueza e de sua distribuição material, quanto na "comunidade racional" enquanto experiência comungada por sujeitos racionais, política e "moralmente iguais que livremente se unem e deliberam em conjunto com o propósito de ajustar suas vontades na colocação de metas coletivas e na realização de ações comuns"³.

A noção de "comunidade" que estamos propondo distancia-se dos axiomas da Modernidade liberal-capitalista dos séculos XVIII e XIX, bem como de seu ressurgimento, a partir da segunda metade do século XX, associada às estratégias sociais e assistencialistas do capitalismo estatal. De fato, o atomismo metafísico do século XVIII projeta a comunidade como a ordem social, fundada na universalidade formal, livre e voluntarista de subjetividades individuais (contratualismo) que se identificam na mesma condição de seres racionais e homogêneos, capazes racionalmente de estabelecer os padrões de direitos subjetivos, bem como de regras jurídicas protetoras e limitadoras da soberania estatal⁴.

Tal idéia de comunidade, constituída por sujeitos abstratos de direitos, evolui para outras formas contemporâneas de ordem social que apresentam sujeitos "aparentemente" dinâmicos e participativos, mas que, na verdade, não são processos sérios e autênticos, pois trata-se de políticas de participacionismo comunitário implementadas e controladas pelo Estado, mediante investidas cooptativas e clientelísticas⁵. Daí a obrigatoriedade de pensarmos a alternativa comunitária como um espaço público pulverizado pela legitimação de novas forças sociais (movimentos sociais) que, em

"Breves Reflexões sobre a Idéia de Comunidade: da pré-modernidade ao pós-moderno". Comunicação apresentada no II Congresso Brasileiro de Filosofia Jurídica e Social, promovido pelo Instituto Brasileiro de Filosofia, realizado na USP, 1/5 de set. 1986. 10p; NISBET, Robert. Os filósofos sociais. Brasília: UnB, 1982. p. 381-384.

² Cf GOHN, Maria da Glória. Op. cit., p. 56.

³ WOLFF, Robert. Op.cit., p. 168-73.

⁴ Cf OLIVEIRA, Pedro Paulo Cardoso de. Op. cit., p. 2-5.

⁵ Cf GOHN, Maria da Glória M. Op. cit., 58-9.

permanente exercício de alteridade, implementam suas necessidades fundamentais e habilitam-se como instâncias produtoras de um Direito Comunitário autônomo. Neste termos, a comunidade, através dos movimentos sociais e dos múltiplos corpos intermediários, está chamada a co-girar seu destino. No bojo da pluralidade de interações das formas de vida, empregar processos comunitários significa adotar estratégias de ação transformadora com a participação consciente e ativa de sujeitos de juridicidade. Significa, como lembra A. Franco Montoro, ver em cada essência humana (individual e coletiva) um ser capaz de agir de forma solidária, responsável e racional, abrindo mão do imobilismo passivo e do beneficiamento comprometido. De todo modo, prosseguindo, tem razão ainda A. Franco Montoro, quando aponta dois caminhos para realizar as transformações de sentido comunitário: primeiramente, "pela adoção de processos comunitários ou de participação. Segundo, pela defesa e fortalecimento das comunidades intermédias em todos os níveis da vida social"⁶.

Toda essa retomada da idéia-força da alternativa comunitária, segue-se um amplo complexo de exigências e interações em torno de uma política democrática fundada em processos de "descentralização", "participação de base", "controle comunitário" e "sistema de conselhos".

Primeiramente, sublinha-se que a construção de uma sociedade democrática alicerçada nas necessidades das identidades coletivas locais não só depende da participação integral de uma cidadania consciente e atuante, como ainda tem sua condição prévia nos marcos de descentralização político-administrativa e na redistribuição racional de recursos, competências e funções. Na verdade, parece correto associar a prática moderna de descentralização com a própria democratização da sociedade, do Estado e da cultura, bem como à melhoria da qualidade de vida cotidiana e à humanização e o fortalecimento das múltiplas formas de gestão local, distrital ou municipal⁷. A implementação e o alargamento da sociedade democrática descentralizadora só se completa com a efetiva participação e controle por parte dos movimentos e grupos comunitários. Na medida em que a democracia burguesa formal e o sistema convencional de representação (partidos políticos) envelhecem e não conseguem absorver e canalizar as demandas sociais, criam-se as condições de participação para as novas identidades coletivas insurgentes. Assim, as reivindicações e as lutas políticas, por direitos às necessidades essenciais, passam ao largo dos partidos políticos e dos sindicatos, afluindo para uma pluralidade de espaços públicos participativos. Não se trata mais de sujeito de uma "cidadania regulada" e presos à formalidade do voto delegativo, mas de "sujeitos em relação", numa dinâmica de alteridade com o outro, com a comunidade e com o poder político, objetivando a solução de seus problemas, de suas carências e do reconhecimento de seus direitos. Por isso, cabe substituir sujeitos destituídos de poder pelo subterfúgio da "delegação" por sujeitos individuais e coletivos com poder de ação e decisão,

⁶ FRANCO MONTORO, André. "Liberdade, Participação, Comunidade". Comunicação apresentada no II Congresso Brasileiro de Filosofia Jurídica e Social, promovido pelo Instituto Brasileiro de Filosofia, realizado na USP, 1/5 de set. 1986. p. 6-7.

⁷ Cf. JACOBI, Pedro. "Descentralização Municipal e Participação dos Cidadãos; apontamentos para o debate". In: Lua Nova. São Paulo: CEDEC, maio 90 (20): 129-141; VILLASANTE, Tomás R. Comunidades Locales. Analisis, Movimientos Sociales y Alternativas, Madrid: Inst. Estudios Adm. Local, 1984. p. 240.

capazes de, no pleno gozo da cidadania, exercer o controle democrático sobre o Estado ou sobre qualquer outra forma de poder instituído⁸. Certamente é nuclear que a participação advenha mediante um processo permanente de integração entre os sujeitos coletivos de juridicidade e o poder legitimamente instituído, resultando que a própria

"administração se configura como efetiva ampliação das práticas comunitárias através do estabelecimento de um conjunto de mecanismo institucionais que reconheçam os direitos dos cidadãos⁹.

Neste contexto, a viabilidade da participação popular comunitária depende de determinadas "condições" e de "instrumentos operacionalizadores". Quanto às "condições", são necessárias estruturas individuais e coletivas, com certo grau de institucionalização e reconhecimento, habilitadas a abarcar os diferentes níveis da sociedade que têm interesses a serem defendidos e que estão em confronto e negociação. Isso se explicita, segundo Pedro Jacobi, em duas "condições fundamentais": a) a presença de organizações de interesses populares na esfera pública local; b) a ocupação estratégica de cargos ou funções também no âmbito distrital ou municipal por parte de indivíduos, lideranças ou partidos comprometidos com as causas comunitárias¹⁰. Na medida em que se amplia politicamente a pluralidade de esfera sociais, o espaço político unificado e homogêneo das formas de representações tradicionais (partidos políticos e sindicatos) cede lugar a uma proliferação de práticas coletivas canalizadas agora pelos movimentos sociais, associações voluntárias em geral, corpos intermediários, comitês de fábricas, conselhos comunitários e municipais, juntas distritais, comunidades religiosas de base, órgãos colegiados, instituições culturais etc. É nessa nova forma de se fazer política que se institui a cidadania coletiva. Uma cidadania que nasce com a participação democrática dos diversos setores da sociedade na tomada de decisões e na solução dos problemas pela descentralização de competências, recursos e riquezas e pela criação de mecanismos de controle sobre o Estado, assegurados pela real efetividade de um pluralismo político-jurídico firmado em novas bases de legitimação¹¹.

Outro aspecto ainda a pontualizar é com referência aos "mecanismos" que podem melhor operacionalizar a prática da democracia participativa de base em nível local. Desse modo, parece justificado tornar nossa a distinção de Dalmo de Abreu Dallari, pois é quem melhor diferencia modalidades instrumentais de participação no âmbito do Legislativo,

⁸ Cf. TRAGTEMBERG, Maurício, MARTINS, Carlos E., QUIRINO, Célia G., MOISÉS, José A. "Regime Político e Mudança Social: comentário". *Revista de Cultura e Política*. Rio de Janeiro: CEDEC/Paz e Terra, (03):27-46, nov./jan. 1981. Sobre a temática da "participação", examinar: MOISÉS, José Álvaro. *Cidadania e participação*. São Paulo: Marco Zero, 1990. p.15-33; BAGOLINI, Luigi. *O trabalho na democracia*. Brasília: Unb, 1981. p.73-97; FIGUEROLA, Francisco José. *Teoria da democracia social*. Buenos Aires: Depalma, 1986. p. 314-80.

⁹ JACOBI, Pedro. Maio 90. Op. cit. p.135.

¹⁰ JACOBI, Pedro. Maio 90. Op. cit. p.135-6.

¹¹ Cf. WOLKMER, Antonio Carlos. *O terceiro mundo e a nova ordem internacional*. São Paulo: Ática, 1989. p.57-8. Sobre os "corpos intermediários", ver: FIGUEROLA, Francisco J. Op. cit., p. 160-88; GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1884. p. 32-3, 84-90.

Executivo e Judiciário. Cumpre assinalar, neste passo, que ao tratar dos mecanismos de participação popular no Legislativo, Dallari sustenta seis medidas de democracia de base:

1. O poder de "iniciativa legislativa" da comunidade com a conseqüente vinculação para os representantes (as propostas legislativas da população não devem ser mera sugestão, pois devem ser discutidas e aprovadas pela assembléia ou parlamento).
2. A prática do "plebiscito" enquanto consulta de caráter geral sobre assuntos fundamentais.
3. O exercício do "referendum" para a aceitação ou rejeição de medidas legislativas.
4. O pronunciamento da comunidade através do "veto popular" sobre um determinado projeto de lei.
5. A convocação de "audiências públicas", com a inscrição prévia da população, para deliberar sobre futuros projetos.
6. O ato de renovação do mandato e a reconfirmação tanto do representante político quanto do servidor público comunitário¹².

Além dessas formas de expressão popular, cabe igualmente desenvolver modalidades de voto distrital e criar instituições novas como os "conselhos populares" nos diversos níveis da sociedade, comissões de consultoria de cidadãos, representação das minorias, etc.

Quanto aos mecanismos democráticos de participação comunitária da esfera da Administração, tomaremos de empréstimo uma vez mais a distinção de Dallari:

1. A participação do povo no planejamento.
2. Consulta à comunidade sobre proposta ou projeto orçamentário.
3. Representação da comunidade em órgãos consultivos e na direção de entidades de administração descentralizada.
4. Participação da população no exercício de um poder de controle para facilitar o direito à informação¹³. Por fim, a participação popular deve ocorrer também nos órgãos colegiados do Judiciário, tanto na primeira instância quanto nos tribunais superiores. A prática participativa da comunidade na administração da Justiça envolve a democratização do acesso à Justiça, a criação de tribunais distritais de

¹² Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu et alii. "Mecanismo de Participação Popular no Governo". *Problemas e Reformas: subsídios para o debate constituinte*. São Paulo: OAB/Depto. Editorial, 1988. p. 139-5. Ainda a questão dos "mecanismos" de democracia participativa é descrita em: MOISÉS, José Álvaro. 1990. Op. cit., p.61 e segs.; CAMARGO, Azael R. et alii. "A Cidade na Constituinte". In: *Espaço e Debates*. São Paulo: NERU, (19):74; MELLO, Diogo L. de. "Relações Públicas, Informação e Participação Popular como Expressões de um Governo Local Democrático". In: *Revista de Administrativo Municipal*. Rio de Janeiro, 34 (155):74-5, out/dez., 1987.

¹³ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 196-7; MELLO, Diogo L. de Op. cit., p. 10.

habilitação e de consumidores, centros de justiça do bairro, comissões de apelação e arbitragem, comitês de conciliação e mediação, juízes eleitos e juizes assessores, etc¹⁴.

Em suma, todas essas questões atingem pleno significado se o espaço público comunitário alcança, em todos os níveis, formas de democracia participativa de base. Quando se pensa num novo paradigma de se fazer política, não se está abandonando ou excluindo inteiramente a democracia representativa burguesa e suas limitadas e insuficientes regras institucionais formais (como partidos políticos, proporcionalidade, votos, etc), mas sim desenvolvendo formas de democracia de base (participação, gestão compartilhada e sistema de conselhos) capazes de conviver com certos institutos positivos da democracia por delegação. A convergência tem que levar em conta, sobretudo, a participação, controle e representação vinculante dos interesses de todos os setores da sociedade, quer seja sob a experiência de sujeitos individuais, quer seja sob a expressão de sujeitos coletivos.

Em conformidade com as várias situações e exigências, a ampliação da democracia decorre, para lembra Norberto Bobbio, tanto da "participação" e "liberdade de dissenso", quanto de um processo de expansão do poder ascendente (controle de baixo para cima) em suas articulações, desde a família até a escola, passando pela empresa e chegando aos serviços públicos¹⁵.

Certamente, a utilização de "certas condições" e "certas práticas" favorece a implementação e consolidação dos liames que moldam a democracia participativa de base. Por consequência, não só importa considerar as pré-condições que fala MacPherson acerca da "mudança da consciência do homem consumidor", "diminuição da desigualdade social e econômica" e "aumento da participação política"¹⁶, como, também, colocar em prática determinados "exercícios democráticos" vivenciados na Comuna de Paris e lembrados por Pedro Demo, sobre as "possibilidades de deposição", "prestação de contas", "remuneração dos administradores ou servidores do Estado igual a dos trabalhadores" e "rodízio no poder"¹⁷.

Tendo em conta que as necessidades das múltiplas formas de vida cotidiana estão sendo permanentemente colocadas numa continuidade acelerada, as formas de sufrágio e de democracia formal acabam envelhecendo em pouco tempo, sobretudo quando fundadas em cima do poder econômico, da manipulação da mídia e da imposição cultural por meio de figuras ou símbolos personalizados. Diante disso, tornam-se evidentes as vantagens de práticas democráticas em intervenção contínua, os interesses e os conflitos cotidianos das diversas forças sociais a cada momento. Por suposto, observa bem Villasante,

¹⁴ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 198; Cf. SANTOS, Boaventura de Souza et alii. A participação popular na administração da justiça. Lisboa: Livros Horizontes, 1982. p. 84-7.

¹⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 52-5; _____, Qual socialismo? Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. p.32-3.

¹⁶ MACPHERSON, C. B. A Democracia Liberal. Origens e Evolução. Rio de Janeiro: Zahar. 1978. p. 102-3.

¹⁷ DEMO, Pedro. Participação é Conquista. São Paulo: Cortez/Autores Associados, 1988. p. 114.

que a democracia participativa de base "não se fixa tanto em número de votos, mas na capacidade de determinados setores sociais para organizar a expressão de suas necessidades, mediante um intervenção direta e contínua na opinião pública"¹⁸. Trata-se de uma prática política não muito fácil de perceber, porque, estando permanentemente em mudança, aglutina em volta questões específicas e "em um momento concreto, os interesses que são sentidos pela comunidade"¹⁹.

Não resta dúvida que a forma democrática mais autêntica de participação, deliberação e controle é o "sistema de conselhos", disseminada nos diferentes níveis da esfera e do poder local (bairro, distrito e município). A estrutura geral dos conselhos, que pode também compreender "comitês de fábrica", "comissões mistas" de espécies distintas ou "juntas distritais", é, por excelência, a efetivação maior do arcabouço político de uma democracia pluralista descentralizada, assentada na "participação de base" e no poder da "autonomia local". O "sistema de conselhos" propicia mais facilmente a participação, a tomada de decisões e o controle popular no processo de socialização, não só na dinâmica do trabalho e da produção, como igualmente na distribuição e no uso social²⁰. Ademais, no âmbito no espaço público local, a ordenação político-democrática da estrutura piramidal dos conselhos (internamente composto por comitês de consulta, deliberação e execução) é constituído por uma rede múltipla de forças sociais distribuídas desde uma escala maior (Conselho Comunitário, Municipal ou Distrital) até níveis menores (Conselhos de Bairros, de Favelas, de Fábricas, de Entidade Públicas, de Sindicatos, de Associados Profissionais e Comerciais, dos Trabalhadores Urbanos e Rurais, etc).

Registra-se que, quando no governo dos Conselhos o núcleo de poder reside no conjunto dos organismos de base, as decisões tomadas são passadas, asseguradas e executadas para a cúpula administrativa com delegação. Entretanto, quando o sistema está escalonado sob a forma de uma pirâmide de poderes e interpostos, as bases deverão dispor de instrumentos eficazes para opinar, pressionar e controlar os núcleos de decisões e de poder mais acima. É nesse quadro de uma democracia participativa pluralista, que MacPherson procura chamar a atenção para a necessária combinação de certos mecanismos (indiretos) recuperados da democracia representativa (quadros partidários) com o *modus operandi* (direito) do sistema piramidal de base. De qualquer modo, razão assiste ao pensador canadense, quando aduz que o modelo mais simples de democracia participativa é aquele que se institui como um sistema piramidal, aglutinando a "democracia direta na base

¹⁸ VILLASANTE, Tomás R. Op. cit., p. 221-3.

¹⁹ *Idem*. *Ibidem*. p. 222.

²⁰ Com referência ao "Sistema de Conselhos", a literatura é muito rica, podendo ser mencionada: ARENDT, Hannah. Crises da república. São Paulo: Perspectiva, 1973. p. 199-201; PORTELLI, Hugnes. "Democracia representativa, democracia de base e movimento social". Revista de Cultura e Política. Rio de Janeiro: CEDEC/Paz e Terra, (03):55-63, nov./jan. 1981; COUTINHO, Carlos Nelson. Gramsci. Porto Alegre: L&PM, 1981. p. 30-4 e 142-51; CASTORIADIS, Cornelius. Socialismo ou barbárie. O conteúdo do socialismo. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 80-8; VILLASANTE, Tomás R. Op. cit., p. 225, 230-2; FIGUEROLA, Francisco J. p.259-311; DALLARI, Dalmo de Abreu, op. cit., p. 207-8. Sobre os "Conselhos Populares", ver: CNBB. Participação popular e cidadania: a igreja no processo constituinte. São Paulo: Edições Paulinas, 1990. p. 269-76. v. 60.

(nível de vizinhança e fábrica) e a democracia por delegação em cada nível depois dessa base". Processo que avança até o vértice da pirâmide, tendo "um Conselho nacional para assuntos de interesse nacional, e conselhos locais e regionais para questões próprias desses segmentos territoriais"²¹.

Pelo que representou em alguns dos mais importantes eventos transformadores (Revolução Francesa, Norte-Americana, Russa, Comuna de Paris, etc.), o "Sistema de Conselhos" tem sido exaltado por teóricos de matizes tão distintos, como Antonio Gramsci, Hannah Arendt, C. B. MacPherson, Cornelius Castoriadis, etc. Ainda que tenha realçado os "Conselhos de Fábricas", Antonio Gramsci reconhece que o "Sistema de Conselhos", além de traduzir o modo genuíno da democracia pluralista de base, é o pressuposto de um nova estrutura representativa²². Ainda por essa vida, Hugnes Portelli comenta, com razão, que o "Sistema de Conselhos" enquanto democracia pluralista de base configura-se, de um lado, como a mais moderna modalidade de controle das classes populares sobre a organização do trabalho e da produção, e de outro, o fator instrumental privilegiado e essencial de expressão dos movimentos sociais²³.

Em suma, o que importa ter presente na reordenação do espaço público, com o conseqüente processo da democracia descentralizadora e participativa, é descortinar uma nova sociedade pluralista marcada pela convivência dos conflitos e das diferenças, propiciando uma outra legitimidade embasada nas necessidades fundamentais de novos sujeitos coletivos insurgentes (movimento sociais), que, com suas práticas, relações e reivindicações cotidianas, passam a ser encaradas como fontes de produção jurídica não-estatais.

²¹ MACPHERSON, C. B. Op. cit., p. 110.

²² Cf. GRAMASCI, Antonio. In: COUTINHO, Carlos Nelson. Op. cit., p. 33-4, 150.

²³ Cf. PORTELLI, Hugnes. Op. cit., p. 58.

DIREITO DE RESPOSTA

Alcyone Barreto*

Os lexicógrafos não encontravam diferença entre os vocábulos prensa e imprensa; ambos designavam a máquina impressora.

A palavra prensa passou a traduzir a idéia da máquina e imprensa a designar o resultado do trabalho da máquina: todos os produtos impressos.

Atualmente, a palavra imprensa simboliza o pensamento referente à informação ao jornalismo, independentemente dos meios de divulgação, preponderando a idéia da atividade informativa sobre os meios empregados.

O universo imprensa abarca jornais, revistas, rádio, cinema, televisão, enfim, tudo que transmite notícias, pensamentos e informações, o que determinou o surgimento de um Direito de Imprensa, regulador da liberdade de expressão, direito do homem de comunicar, emitir e difundir suas idéias por todos os meios lícitos.

A comunicação pelos meios eletrônicos, usando satélites, permite que aqui se tome conhecimento do que agora ocorre em qualquer lugar do mundo. E o cidadão tem o sagrado direito de ser informado e informar, o que só pode ser realizado através do exercício da liberdade de imprensa.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, da O.N.U., prescreve:

"Art. XIX - *Todo o homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras*"

* Professor do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

A Constituição Federal, promulgada em 1988, ministrando os elementos fundamentais do Estado Democrático de Direito, garantindo a liberdade de imprensa, assegura "o direito de resposta, proporcional ao agravo além de indenização por dano material, moral ou a imagem".

Certo que a imprensa tem o dever social de informar, enquanto o indivíduo tem o direito à intimidade e à honra. A obrigação dos órgãos de comunicação é difundir, divulgar fatos verdadeiros e não noticiar inverdades ou fatos truncados atingindo direitos individuais. A imprensa tem o dever de verdade e o cidadão o direito de receber informações verdadeiras e responder às falaciosas.

A liberdade de imprensa e o direito de resposta são xipófagos, pelo que as notícias distorcidas, incorretas, caluniosas, injuriosas geram, no momento da publicação, o direito de resposta.

O Juiz Mario Ernesto Ferreira, julgando o feito nº 19198, lavrou na sentença:

"O Direito de Resposta dever ser considerado tão necessário à liberdade de imprensa, que seria mesmo intolerável não existisse, vez que a responsabilidade nasce da liberdade de imprensa, ambas se achando em relação de conexidade estreita, pois cessando a liberdade de imprensa, cessa naturalmente o direito de resposta".

Parece já ser pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de ter a Constituição de 1988 recepcionado a Lei 5250/67, motivo pelo qual o Direito de Resposta está regulada pelo Artigo 29 e seguintes da cognominada Lei de Imprensa que preceitua:

"Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem direito a resposta ou retificação".

O Prof. Marcelo Araujo na tese *O Direito de Resposta*, fls. 43, discorrendo sobre a titularidade de direito de resposta, tendo em vista o preceito legal referido, afirma:

"Com a adoção desse critério, a lei pôs termo acerca da possibilidade ou não de caber o direito de resposta às pessoas jurídicas".

A divulgação de fato inverídico ou errôneo, por força de lei, é pressuposto do direito de resposta que está fundado no interesse pessoal de defender a honra e a reputação.

Difícil o equilíbrio entre o direito de dar e receber a informação e o de não ser enganado pela comunicação de fatos não verdadeiros, truncados ou de afirmativas ofensivas, pelo que a liberdade de imprensa e o direito de resposta não dispensam a tutela jurídica.

Equiparando-se o direito de resposta à legítima defesa, o seu exercício há de ser imediato contra as publicações da imprensa, pois, ausente, a imediatidade pode passar a ser instrumento de vingança. E, por isso, a lei estatui que pessoa atingida disporá, sob pena de decadência, de prazo de 60 dias para exercer o seu direito.

O Direito de Resposta se extingue não só pela decadência; estará ele excluído caso o atingido postule ação penal ou civil contra o órgão de comunicação (parágrafo 3º do art. 29 da Lei 5250/67).

O instrumento com o *nomen iuris* de Direito de Resposta, consoante Marcelo Araujo, somente surgiu no direito ao ser regulado no art. 11 da lei francesa de 25 de março de 1882.

No Brasil, o regime jurídico de direito de resposta foi estabelecido, em 1923, no art. 16 da Lei 4.743, sendo certo que a Constituição de 1934 em seu artigo 113 concedeu tal direito, que em outras constituições foi inserido como garantia do Cidadão.

BIBLIOGRAFIA

Direito de Imprensa - Serrano Neves - Comentários a Lei de Imprensa

Direito de Resposta - Marcelo Araujo

Dos Abusos da Liberdade de Imprensa - Darcy de Arruda Miranda

**ANÁLISE DO NÚCLEO INTANGÍVEL DAS GARANTIAS DOS
DIREITOS HUMANOS EM SITUAÇÕES EXTREMAS: UMA
INTERPRETAÇÃO DO PONTO DE VISTA DO DIREITO
INTERNACIONAL PÚBLICO**

Celso Albuquerque Mello*

1. Introdução; 2. Algumas observações sobre a problemática dos direitos do homem; 3. Fundamento da suspensão dos direitos do homem em situação extremas; 4. Dispositivos de direitos do homem que não podem ser suspensos; 5. Direito Humanitário; 6. Conclusão.

1. Para o tema que vamos tratar pode ser utilizada a expressão "núcleo duro" ou "cláusulas pétreas" dos direitos do homem na ordem jurídica internacional, isto é, versa sobre aqueles direitos fundamentais que em nenhuma situação podem ser afastados.

Direitos do Homem é matéria extremamente vasta e que é regulamentada em inúmeras convenções internacionais.

Pretendo analisar, principalmente, apenas alguns textos internacionais, como os Pactos da ONU, as convenções européia e americana e o Direito Humanitário. Outros textos serão mencionados apenas a título exemplificativo.

Parece-nos que antes de abordarmos o tema central devemos fazer considerações genéricas sobre os direitos do homem. Poderia dizer que a grosso modo para se entender a problemática do "núcleo duro" dos tratados internacionais é necessário que se

* Professor do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

verifique o fundamento destes direitos e até mesmo mencionarmos a questão de se saber quais são eles. Direitos do Homem é um problema ainda não plenamente resolvido na esfera jurídica.

2. O Direito Internacional dos Direitos do Homem é hoje uma especialização dentro do Direito Internacional Público extremamente ampla e difícil. Ela tem no Brasil o seu grande representante no Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade que proferiu um curso notável na Academia de Direito Internacional de Haia. O Direito Internacional dos Direitos do Homem é colocado em movimento pelo indivíduo e não pelo Estado como ocorre com o Direito Internacional Geral (K. Vasak - *Vers un droit international spécifique de droits de l'homme*, in *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, 1978). Por outro lado, o Direito Internacional dos Direitos do Homem não está sujeito ao princípio da reciprocidade que domina o Direito Internacional Geral.

Inicialmente pretendo analisar de um modo histórico e filosófico a questão dos direitos do Homem. Sabemos que a sua origem está no denominado pensamento jusnaturalista. Os direitos do homem têm origem não na ordem jurídica positiva mas em um direito natural, ou seja, em um sistema normativo que se caracteriza pelo fato de que o critério segundo o qual certas normas pertence a ele não está baseado em atos contingentes de ditames ou reconhecimento por parte de alguns indivíduos, mas na sua justificação intrínseca" (Carlos S. Nino, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 1989). Pertencer a espécie humana, observa Carlos S. Nino, é a condição suficiente para gozar destes direitos. Dentro desta visão eles não são sempre universais e incondicionais como é o caso de existir uma convenção específica para os direitos da criança, ou o direito a seguridade social por velhice.

Entretanto, veio a predominar uma corrente extremamente ampla dentro do próprio jusnaturalismo de que os direitos do homem eram universais, vez que eram deduzidos a partir da razão. Foi a corrente do pensamento jurídico designada de jusnaturalismo-racionalista. Uma jurista francesa recente Marie-France Renoux-Zagané ("Du Droit de Dieu au Droit de L'Homme; sur les origines théologiques du concept moderne de propriété", in *Droits*, n.1/1985) observa com razão que os teólogo-juristas reconhecem ao homem direitos que estão ligados diretamente a Deus, como ocorria com o poder real.

Se nós formos ainda mais longe vamos constatar que os direitos do homem têm o seu início com a revolução religiosa no século XVI em que o homem passa a se comunicar diretamente com Deus, o homem na sua solidão se encontra em "um universo vazio" (Marcel Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, 1989).

A positivação dos direitos do homem tem início com a Declaração de Virginia (1776), influenciada por Samuel Pufendorf. A própria Constituição Americana viria a consagrar os direitos do homem. Os EUA se preocuparam com este assunto antes dos demais Estados, vez que tiveram a necessidade de consagrar a liberdade religiosa que não existia na Europa e grande parte de sua população se havia formado com elementos que haviam fugido a perseguições religiosas naquele continente. Em 26 de agosto de 1789 foi aprovado o projeto de Lafayette pela Assembleia Constituinte da Revolução Francesa, que consistia em uma "Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão". Esta declaração,

devido às repercussões da Revolução Francesa, exercerá maior influência do que a norte-americana, apesar de estar nesta fundamentada. Esta afirmação é baseada em Jorge Jellinek (*La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 1908) que teve um grande debate com o constitucionalista francês Boutmy que defendia estar a Declaração francesa fundamentada no pensamento francês. De qualquer modo a Declaração francesa foi condenada pelo Papa em 29/03/90.

Anteriormente a estas duas Declarações mencionadas podemos citar o *Bill of Rights* na Inglaterra no século XVII.

A menção que fizemos foi no sentido de mostrarmos como a origem dos direitos do homem, apesar de ter um cunho religioso, estava inteiramente unida ao pensamento burguês. O Direito Natural de um certo modo sempre foi utilizado pela burguesia em sua defesa ao incluir nele o direito de propriedade. Daí a grande preocupação inicial ter sido com os direitos civis e políticos.

No século XIX Karl Marx critica o aspecto formal das liberdades fundamentais. Salienta Sergio Paulo Rouanet (*As Razões do Iluminismo*, 1987) que a doutrina dos direitos do homem "foi criticada, não por ser iluminista, mas por ter sido infiel a um dos postulados básicos do Iluminismo: a universalidade". Escreve Rouanet, com toda razão: "A batalha para estender a todos os usos dos direitos humanos não está ganha. É uma batalha iluminista, que não pode ser tratada sem uma crítica do Iluminismo institucionalizado, que recusa as condições concretas para a universalização desses direitos em nome do espírito do Iluminismo, que não encontrará repouso enquanto esse objetivo não for alcançado".

É preciso lembrar que nenhuma grande corrente do pensamento contemporâneo nega a existência dos direitos do homem. A própria concepção marxista-leninista, durante longo tempo apresentada pelos meios de comunicação de massa ocidentais como negadora dos direitos do homem, também os consagra e se não parte do indivíduo ela os deduz "da situação do indivíduo na sociedade e sobretudo no processo social" (V. Vladimir Kartashkin - *Les droits économiques, sociaux et culturels*, in *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, 1978). Ao nosso ver as teorias jusnaturalista e socialista dos direitos dos homens se completam na prática e não são antagônicas.

A nossa preocupação neste item é mostrar o aspecto político dos Direitos do Homem. O Direito, de um modo geral, é dominado pela Política, mas os direitos do homem são um tema extremamente politizado. H. Thierry ("*L'Homme Sujet de Droit*", in *Realités du Droit International Contemporain* 3,1981) observa que "o discurso dos direitos do homem é mistificador" e que os governos apenas "parecem" proteger a tais direitos. Assim eles são consagrados em declarações que não são obrigatórias, bem como nas convenções é utilizada uma linguagem ambígua. Na verdade, a imprecisão terminológica não é uma característica do Direito Internacional dos Direitos do Homem, mas do Direito Internacional Geral que para obter uma aceitação necessita de uma imprecisão ou ambiguidade. Esta é, muitas vezes, desejada, como ocorre nos direitos do homem. Tal fato decorre do aspecto político desta matéria, vez que como salienta Jacques Mourgeon (*Les Droits de l'homme*, 1978). "o direitos do homem são ... o sinal mais revelador da relação entre Poder e pessoa,

isto é, da relação política". O poder é para o homem a necessidade de proteção e ao mesmo tempo o homem perde a liberdade. Quanto mais forte o poder menor é a área de atuação dos direitos do homem. Quanto mais fraco o poder maior a área de atuação dos direitos do homem. A essência dos direitos do homem, foi observada, é política. É por esta razão que os doutrinadores têm afirmado que os direitos dos homens só podem se realizarem em um estado de direito. Eu acho que como os direitos econômicas e sociais são também da maior relevância, prefiro dizer que eles só se realizam em um estado social de direito. Os direitos do homem servem, pelo menos, para protegerem os indivíduos dos abusos do governo e do direito positivo. Esta é a posição de Michel Villey (*Les Droit et les Droits de L'Homme*, 1983) que tem uma visão eminentemente crítica dos direitos do homem. É que o totalitarismo ao representar, como diz Celso Lafer (*A Ruptura Totalitária e a Reconstrução do Direitos dos Homens*, 1988): "uma proposta de organização da sociedade que almeja a dominação total dos indivíduos", acaba por negar os direitos do homem.

Salienta Frédéric Sudre (*Droit International et européen des droits de l'homme*, 1989) que em matéria de direitos do homem há uma interpenetração da ordem interna e da ordem internacional e conduz a unidade da política interna e da política exterior do estado, sendo assim um direito ideológico e politizado.

Pode-se acrescentar que se aplica o que Georges Scelle (*Droit International Public*, 1944) denominou de princípio do desdobramento funcional. Diz o eminente jurista francês "uma ordem jurídica puramente normativa, desprovida de instituições públicas, de regulamentação, de jurisdição e de sanção, permaneceria sem eficácia". Daí o direito interno, o estado, "emprestar" os seus órgãos para a realização do Direito Internacional e no nosso caso dos direitos do homem. Apesar de todos os esforços da ordem jurídica internacional para criar instituições que dêem eficácia aos direitos do homem ainda permanece o princípio do desdobramento funcional. Na maioria dos estados que compõem a sociedade internacional ainda são os órgãos estatais os encarregados de realizarem o Direito Internacional dos Direitos do Homem.

Um problema que ainda gostaria de continuar a discutir é a universalidade dos direitos do homem. Este é um fim último. Os direitos do homem são universais, mas são sentidos e aplicados de modo diferente. J. Mourgeon (op. cit.) observa que para se entender este tema é necessário ter uma visão realista e assim lembra que o direito à vida na Irlanda católica e sub-povoada é diferente do direito à vida na Índia, em que mais de dois filhos é um castigo. Outros autores têm mostrado a contradição entre o direito à vida e os direitos ao aborto e à eutanásia. Outros lembram que o direito de morrer, isto é, o direito ao suicídio é a suprema liberdade (Claude Guilhon e Yves Le Boniec, *Suicídio - modo de usar*, 1984). O próprio direito à saúde para todos vai limitar este direito para aqueles com doenças cujos tratamentos são extremamente caros e só uns poucos privilegiados se beneficiarão.

É preciso ver que o tema é polêmico; nada é certo, tudo é discutível, mas ninguém pode negar a sua relevância.

Um último aspecto desejo abordar antes de tratar do tema central desta palestra: direitos do homem e soberania. Richard Falk (*Human Rights and State*

Sovereignty, 1981) observa que a proteção dos direitos do homem pertence a uma "categoria especial", vez que está associada com a "opinião pública e orgulho". Os governos acabam por endossarem políticas de direitos do homem mesmo contra a sua vontade de efetivá-las na prática.

Na verdade, os direitos do homem provocam uma revolução no Direito Internacional Geral dominado pela figura do estado, a tal ponto que as relações internacionais se caracterizam por serem relações inter-estatais. E a grande característica do estado que o qualificava como tal era a soberania. Esta posição durou alguns séculos. Após a 2ª Guerra Mundial, com o progresso dos meios de comunicação, o mundo fica menor. Surgem outros atores nas relações internacionais, como as organizações internacionais. Estas, entretanto, ainda são dominadas pelos estados. Já no caso dos direitos do homem este pode comparecer a um órgão internacional e demandar contra o seu próprio estado. É uma subversão do que parecia pacificamente estabelecido. A condenação é vista como uma humilhação perante a opinião pública mundial e um enfraquecimento da posição do estado na ordem internacional.

Por outro lado, os estados têm uma longa experiência do uso da força para impor o respeito aos direitos do homem, que era a denominada intervenção humanitária.

Acresce ainda que há um receio de que só órgãos internacionais de proteção aos direitos do homem se transformem em instrumentos de política e sejam usados exclusivamente para este fim. Este receio surge principalmente nos 3º e 4º Mundo.

De qualquer modo, os direitos do homem vieram para ficar. O Direito seja ele qual for é elaborado e dirigido em última instância ao homem. Não se pode conceber uma ordem jurídica internacional no final do século XX sem uma proteção eficaz dos direitos do homem.

3. Estudar os direitos do homem em "situações extremas" só pode ser feito de modo compreensivo se levarmos em consideração o que foi dito acima. Os direitos do homem são universais mas são sentidos e aplicados dentro de uma relatividade bastante ampla. Os direitos do homem são um tema jurídico, mas também, eminentemente, político. A existência de uma certa contradição dos direitos do homem. A necessidade da ordem jurídica interna para a realização dos direitos do homem. Ou ainda as características próprias do Direito Internacional dos Direitos do Homem. Sem estes elementos não podemos entender porque os estados em determinadas circunstâncias podem suspender a aplicação de uma boa parte dos direitos do homem e porque alguns deles não podem ser suspensos.

Pretendemos estudar agora o fundamento da não aplicação dos direitos do homem em determinadas circunstâncias. A pesquisa do fundamento é o estudo do por quê? Qual a justificativa no Direito para este procedimento?

Pode-se alegar que se trata de circunstâncias excepcionais, mas é preciso lembrar que a exceção também pertence ao Direito. No Direito Constitucional, Carl Schmitt introduziu a "excepcionalidade de um critério para o conhecimento teórico e a elaboração conceitual" (*German Gomez Orfanel - Excepcion y Normalidad en el Pensamiento de*

Carl Schmitt, 1986). Diz Carl Schmitt (*Theologie Politique*, 1988) "é soberano quem decide na situação excepcional". É para ele a soberania uma "noção limite", daí ela se relacionar com um "caso limite". Escreve ainda o jurista alemão que a essência da soberania é o "monopólio da decisão". Talvez se possa alegar que é dentro deste raciocínio que o estado na ordem jurídica internacional reivindique o poder de afastar a aplicação de determinadas normas de direitos do homem em épocas de "situações extremas".

A nosso ver duas posições principais podem ser apresentadas para a justificação da não aplicação de inúmeros direitos do homem quando o estado se considera ameaçado: a do estado de necessidade e a do *jus cogens*. A primeira como explicaremos em seguida pode justificar a não aplicação dos direitos do homem, enquanto a segunda se prenderá à explicação de porque certas normas são aplicáveis mesmo em "situações extremas". Esta última posição apresenta alguns problemas que discutiremos adiante. O estado de necessidade não é nenhuma novidade no Direito Internacional, sendo que a partir do Renascimento a noção de *necessitas* se desenvolve paralelamente à idéia de soberania. A *necessitas* está ligada à idéia de conservação do estado. No final do século XIX e início do século XX a doutrina alemã (Kohler, Heffter) defende o estado de necessidade que autoriza o estado a proteger a sua conservação "através da violação dos direitos dos outros sujeitos" (Paola Anna Pillitu - *Lo Stato di Necessità nel Diritto Internazionale*, 1981) — a maior parte das observações sobre este tema são extraídas desta excelente obra. Entretanto, esta teoria foi levada a extremos e serviu para justificar a violação da neutralidade permanente da Bélgica pela Alemanha na 1ª Guerra Mundial. Como já foi observado o "estado de necessidade passa a ter uma péssima fama no Direito Internacional e passa a ser por ele rejeitado com fundamento nos seguintes argumentos: a) ele só seria utilizado pelo mais forte; b) não existe no Direito Internacional, como no Direito Penal um tribunal para declarar a sua legitimidade ou não; c) um estado para defender a sua conservação acabaria violando igual direito de outro estado. Todavia, o estado de necessidade acabou por penetrar no Direito Internacional, como no direito de guerra, bem como em alguns casos da jurisprudência internacional.

Três posições têm sido adotadas pela doutrina: a) ele é um direito subjetivo do estado com fundamento no direito da conservação; b) ele exclui ou limita a responsabilidade do estado; c) ele é uma circunstância que exclui a idéia de ilicitude. Esta última posição é a que se aproxima da Comissão de Direito Internacional que vem há longos anos estudando a responsabilidade dos estados.

Gostaríamos de salientar que o estado de necessidade tem sido sempre invocado em uma relação de estado a estado, como é uma das características dos institutos da responsabilidade internacional do estado. A nossa dúvida seria a de se saber se ele pode ser aplicado aos direitos do homem. Os tratados que consagram tais direitos são concluídos entre estados, mas a nosso ver eles geram imediata e diretamente direitos em relação aos indivíduos. Não posso negar que eles produzem obrigações também entre estados, como mostram os órgãos internacionais de proteção aos direitos do homem; contudo os primeiros direitos e deveres são entre estados e indivíduos. Tal fato não é uma novidade do após 2ª Guerra Mundial, mas desde 1919 com a criação da Organização Internacional do Trabalho e as convenções internacionais do trabalho.

Paola Anna Pillitu (op. cit.) menciona como um dos casos de admissão do estado de necessidade os seguintes dispositivos internacionais de direitos do homem: a) art. 15, parágrafo 1 da convenção europeia de 1950; b) art. 4, parágrafo 1 do Pacto Internacional relativo aos direitos civis e políticos de 1966 (ONU) e c) art. 27, parágrafo 1 da convenção americana de direitos do homem.

O art. 15 § 1 da convenção europeia estabelece:

"Em caso de guerra ou em caso de perigo público ameaçando a vida da nação, qualquer Alta Parte contratante pode tomar medidas derogando as obrigações previstas pela presente convenção, na medida estrita que a situação exige e com a condição de que estas medidas não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional".

O citado art. 15 tenta ainda estabelecer um certo controle internacional ao obrigar os estados a informarem o uso do direito de derrogação ao Secretário Geral do Conselho da Europa justificando a medida tomada.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) repete de um certo modo o dispositivo acima ao falar "em situações excepcionais que ponham em perigo a vida das nações". Entretanto, ele apresenta uma redação mais acurada ao exigir que o estado de "perigo", tenha sido "proclamado oficialmente", bem como ao proibir qualquer discriminação fundamentada "unicamente em motivos de raça, cor, sexo, idioma ou origem social".

A convenção americana sobre direitos do homem faz uma conciliação dos dois textos acima citados e estatui:

"Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte este poderá adotar disposições que na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, ou origem social".

Determina ainda que a suspensão com os motivos que a justificam seja comunicada ao Secretário-Geral da OEA.

A observação que se pode fazer é que os dispositivos acima visam atender a soberania dos estados e que eles são os únicos "juizes" do que é um "perigo à vida da nação", ou ainda do que é "segurança do Estado". Parece-nos que se deveria tentar na ordem jurídica internacional definir de um modo mais preciso tais conceitos. Eles não são claros, apesar de tantas vezes repetidos.

Por outro lado, na América Latina tivemos uma amarga experiência com a noção de "segurança nacional", que pode se transformar rapidamente em "segurança do estado". É preciso contudo ser realista e o Direito Internacional lida com estados extremamente ciosos de sua soberania. Talvez se possa até imaginar que sem os dispositivos acima os estados não concluiriam tais tratados.

Tentando fazer futurologia, o que é sempre arriscado, podemos imaginar que no futuro tais dispositivos desaparecerão com o fortalecimento da ordem democrática e não dominada por uns poucos estados.

No início deste item foi também mencionado o problema do *jus cogens* para sustentar a não suspensão de certos direitos do homem mesmo em "situações extremas". Frédéric Sudre (*Droit international et européen des droits de l'homme*, 1989) observa que o *jus cogens* pertence ao direito dos tratados, que é uma noção imprecisa, bem como seria difícil imaginar dois estados concluindo um tratado para violar os direitos do homem. Salienta ainda que o *jus cogens* pressupõe uma hierarquia de normas que inexistem nos direitos do homem. Infelizmente, os direitos do homem não integrariam o *jus cogens*, vez que suas normas podem ser suspensas. As únicas normas de *jus cogens* seriam aquelas inderrogáveis mesmo em "situações extremas". Esta posição parece-nos estar inteiramente de acordo com a realidade internacional. Entretanto, devemos lutar para que todos os direitos do homem venham a se tornarem *jus cogens*. Reconhecemos que é uma posição polêmica e a expomos apenas para abrir e estimular a discussão.

4. Vamos tratar agora das normas de direitos do homem que não podem ser suspensas em "situações extremas", ou seja, aquelas normas imperativas de Direito Internacional que os estados não podem deixar de aplicarem. São talvez, como já dissemos, as normas mais próximas do *jus cogens*.

A convenção européia de 1950 consagrou o direito a vida (excluindo as mortes ocasionadas por "atos lícitos de guerra"), a proibição da tortura, penas ou tratamento desumanos ou degradantes, a proibição de trabalho forçado ou obrigatório (excluindo-se o das pessoas submetidas a detenção, caso de calamidade, ou ainda, obrigação cívica normal) e a aplicação do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

O pacto de Direito Cívico e Político proíbe a suspensão do direito da vida (reconhece entretanto a pena de morte para os delitos graves e aos maiores de 18 anos); a

interdição de tortura; a proibição da escravidão e servidão; ninguém será preso por não cumprir uma obrigação contratual; o princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*; o reconhecimento da personalidade jurídica ao homem; a liberdade de pensamento, de consciência e de religião.

A citada convenção americana apresenta uma lista mais ampla de proibições: a) direito do reconhecimento da personalidade jurídica; b) direito à vida; c) direito à integridade pessoal; d) proibição da escravidão e servidão; e) princípio da legalidade e retroatividade; f) liberdade de consciência e religião; g) proteção da família; h) direito ao nome; i) direitos da criança; j) direito à nacionalidade; l) direitos políticos e acrescenta "nem as garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos" podem ser suspensas.

Podemos acrescentar que algumas convenções não contêm cláusula de suspensão dos direitos do homem nelas consagrados. Nesta situação, a título exemplificativo, citamos: a convenção da ONU contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; a convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (ONU - 1966), ou ainda a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981), etc.

O que se pode observar acima é que as normas "inderrogáveis" são apenas aquelas que se referem aos direitos civis e políticos, ou seja, os direitos do homem que encontraram defensores há mais tempo na sua evolução histórica. É de ressaltar que o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) também não contém cláusula que permita a suspensão de seus direitos. Entretanto, ele foi interpretado como sendo de aplicação gradativa e não gerando uma obrigatoriedade imediata para os estados. A tendência da ONU é de considerar os direitos do homem indivisíveis, mas na realidade a maioria dos estados que compõem a sociedade internacional não tem meios para implementarem os direitos ali consagrados. Por outro lado, as convenções mais recentes são mais cuidadosas a respeito da suspensão dos direitos do homem.

5. O Direito Internacional Humanitário é definido, nas palavras de um dos seus maiores especialistas, Christophe Swinarski (*Introdução do Direito Internacional Humanitário*, 1988), como "o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados internacionais ou não internacionais, e que limita, por razões humanitárias, os direitos das Partes em conflitos de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito". O seu grande promotor é o Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

Uma grande discussão foi travada pelos doutrinadores para se saber se o Direito Internacional Humanitário pertence ou não ao Direito Internacional dos Direitos do Homem. Uma tese defende que o Direito Humanitário e os Direitos do Homem deveriam ser fundidos em um único ramo do Direito Internacional. Outra tese sustenta que ambos os direitos eram incompatíveis. Finalmente uma terceira posição alega que ambos os direitos se completam porque visam a proteger o homem, mas que não podem ser fundidos em um único ramo de Direito Internacional, vez que o Direito Internacional Humanitário é alheio às organizações internacionais que se ocupam dos direitos do homem e estes são alheios ao

CICV. A posição dominante e a nosso ver mais correta é a que foi consagrada na Conferência das Nações Unidas, reunida em Teerã, em 1968, que em uma resolução considerou o direito humanitário como "direitos humanos em período de conflito armado". Assim sendo não se pode falar em Direitos do Homem sem se estudar também Direito Internacional Humanitário. O próprio Protocolo II de 1977 menciona "que os instrumentos internacionais relativos aos direitos do homem dão à pessoa humana uma proteção fundamental". O Direito Humanitário visa a proteger as pessoas que não participam das hostilidades e os militares colocados fora de combate, etc.

O Direito Internacional Público surgiu como um direito de guerra. As primeiras obras da nossa disciplina versaram sobre a guerra. A famosa obra de Grotius considerada a primeira obra sistemática de Direito Internacional Público, *De jure Belli ac Pacis* (1625), é uma obra sobre direito de guerra. A guerra foi sempre um tema central no Direito Internacional Público. O Direito de guerra é regido por dois princípios: o de humanidade e o de necessidade. É este último que mais interessa tendo em vista o tema desta palestra. O princípio da necessidade seria aquele que justificaria o abandono das leis de guerra para se atingir o objetivo desta. A luta dos internacionalistas, é óbvia, tem sido no sentido de se eliminar este princípio.

Vamos nos limitar a expor os problemas apenas em relação ao direito humanitário. Philippe Bretton ("Le problème des méthodes et moyens de guerre ou de combat, dans les protocoles additionnels de 1977", in R.G.D.I.P., 1978, nº1) observa a existência de "derrogações às interdições protetoras": a) a primeira é a interdição da perfídia e não o é a astúcia. Ora, observa o jurista francês, ambas são uma simulação e visam a levar o inimigo a um erro; b) o segundo é que as tropas aero-transportadas não são protegidas. Outros casos em que cessa a proteção são mencionados pelo internacionalista francês como no caso de não combatente que pratica ato de hostilidade, etc. Entretanto, os casos apontados são extremamente discutíveis, vez que a proibição da perfídia está ligada a evitar a degradação da proteção dos civis e combatentes. Enquanto na astúcia não haveria a quebra da boa fé. A perfídia leva o inimigo a pensar que a pessoa está sob a proteção do direito humanitário quando não se encontra nesta situação. O *Commentaire des Protocoles additionnels de 8 juin 1977 aux Conventions de Genève de 12 août 1949* (Coordenação de Yves Sandoz, Cristophe Swinarski e Bruno Zimmermann, 1986) define a astúcia como "induzir o adversário em erro. Ela não pode violar as normas do Protocolo. No tocante as tropas aero-transportadas não vemos, como Bretton, uma derrogação ao direito humanitário, mas apenas de que elas são consideradas como combatentes. Os demais casos são derrogações, mas apenas as normas de direito humanitário deixam de ser aplicadas quando os seus fins não são respeitados.

O que caracteriza o Direito Internacional Humanitário é que as suas normas são irrenunciáveis e que ele entrega o *jus cogens*. Entretanto, como toda regra há uma exceção e ela se encontra na convenção relativa à proteção dos civis em tempo de guerra (Genebra - 1949) cujo art. 49 estabelece:

"...o Estado ocupante poderá proceder à evacuação total ou parcial de uma região

ocupada determinada, se a segurança da população ou razões militares imperiosas o exigirem"

Como se pode verificar é que há aqui o atendimento do princípio da necessidade militar. Repetimos: é uma exceção. O Direito Internacional Humanitário é a parte do Direito Internacional dos Direitos do Homem que possui maior número de normas inderrogáveis vez que elas são elaboradas para serem aplicadas em "situações extremas", isto é, os conflitos armados. Estudar tais normas ou mesmo simplesmente expô-las seria muito longo.

6. A conclusão que posso apresentar a minha exposição é profundamente cética, isto é, pessimista e otimista ao mesmo tempo. Ela é cética no sentido de que para realmente se implementar os direitos do homem na ordem jurídica internacional será necessário obrigar os estados a abrirem mão de largos setores de sua soberania para o que eles ainda não estão preparados. Ela é pessimista no sentido de que só muito lentamente os estados aceitarão um controle internacional. As grandes potências, em certas circunstâncias, "suspenderão" normas tradicionais de Direito Internacional para proteger os indivíduos, como ocorre no momento em relação aos curdos no Iraque. Infelizmente o mesmo não ocorre quando o violador dos direitos do homem é uma grande potência. Disse também que a minha conclusão é otimista, vez que já se conseguiu muita coisa e a evolução é lenta mas certa.

Posso acrescentar que a Constituição Brasileira (1988), mesmo no caso dos estados de defesa e de sítio (por exemplo arts. 136 e 139), em que algumas liberdades individuais são suspensas, não tem qualquer incompatibilidade com as normas internacionais.

Finalmente, é de se repetir que o Direito Internacional condiciona e tem primazia sobre o direito interno. O texto constitucional deve ser entendido e interpretado tendo em vista o D. I., a não ser que o direito interno seja mais benéfico para o homem.

NOVAS FORMAS DE ENTIDADES FAMILIARES: EFEITOS DO CASAMENTO E DA FAMÍLIA NÃO FUNDADA NO MATRIMÔNIO

Gustavo Tepedino*

Sumário: 1. Introdução: a família como instrumento para a promoção da dignidade humana; 2. Evolução do tratamento legislativo e jurisprudencial das relações concubinárias; 3. A gradual recepção do concubinato no âmbito do direito de família. Distinção entre os efeitos legais da união estável e os efeitos patrimoniais da sociedade de fato; 4. A tutela constitucional das uniões estáveis: o debate doutrinário jurisprudencial quanto ao alcance da previsão do art. 226, § 3º, C.F.; 5. A distinção conceitual entre o casamento como ato jurídico solene e como relação familiar. 6. Conseqüência jurídica da diferenciação proposta. Sistematização da matéria: análise dos efeitos próprios e imediatos do casamento e daqueles derivados das relações familiares.

1. Ao introduzir refinada e instigante monografia sobre união estável, um jurista italiano diagnosticou, na doutrina do Direito da Família, certo *gusto del paradossoso*: de um lado, critica-se o modelo familiar tradicional como elemento alienante e reprodutor do poder político vigente; e, de outro, procura-se expandir a disciplina da família legítima para as situações definidas como uniões livres, ou concubinato¹. O mesmo autor, contudo,

* Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da UERJ.

¹ FRANCESCO PROSPERI, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, Camerino-Napoli, Esi, 1980, ps 11 e 12

apressa-se a esclarecer que a contradição é apenas aparente. Reflete, na verdade, uma crise não da instituição mas da forma histórica assumida pela família contemporânea.

A arguta observação indica a relatividade do conceito de família que, alterando-se continuamente, se renova como ponto de referência central do indivíduo na sociedade; uma espécie de aspiração à solidariedade e à segurança que dificilmente pode ser substituída por qualquer outra forma de convivência social. Além disso, ajuda a compreender que qualquer estudo sobre o tema deve pressupor a correta interpretação do momento histórico e do sistema normativo vigente. No caso brasileiro, há de se verificar, com base nos valores constitucionais, os novos contornos do direito de família, definindo-se, a partir daí, a disciplina jurídica das entidades familiares.

Pode-se afirmar, em propósito, que a dignidade da pessoa humana, alçada pelo art. 1º, III, da Constituição Federal, a fundamento da República, dá conteúdo à proteção da família atribuída ao Estado pelo art. 226 do mesmo Texto Maior: é a pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, o elemento finalístico da proteção estatal, para cuja realização devem convergir todas as normas do direito positivo, em particular aquelas que disciplinam o direito de família, regulando as relações mais íntimas e intensas do indivíduo no social. De se abandonar, portanto, todas as posições doutrinárias que, no passado, vislumbraram em institutos do Direito de Família uma proteção supra-individual, seja em favor de objetivos políticos, atendendo a ideologias autoritárias, seja por inspiração religiosa.

À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes².

2. A evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa do tratamento jurídico das entidades familiares extramatrimoniais no Brasil, embora conturbada e nada linear, pode ser melhor entendida considerando-se três distintas fases. a) A primeira tem início com a rejeição pura e simples do concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação adúltera, culminado com a sua assimilação pela jurisprudência no âmbito do direito obrigacional, produzindo efeitos que impedissem o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. b) Em seguida, delinea-se nitidamente a relevância atribuída pelo legislador especial ao concubinato (desde que não adúltero), não mais como mera relação de direito obrigacional mas como vida lícita em comum, sendo-lhe atribuídos efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia etc.... Pode-se considerar esta fase como o ingresso do concubinato no Direito de Família. c) A terceira fase, finalmente, compreende a tutela constitucional das entidades familiares não fundadas

² A configuração da família como comunidade intermediária funcionalizada à realização da pessoa, em perspectiva nitidamente solidarista, não já individualista, é gizada por PIETRO PERLINGIERI, in *Diritto civile nella legalità costituzionale*, Camerino-Napoli, Esi, 1983, p. 558 e ss., onde se destaca: "La libertà nella famiglia trova nell'unità e nei relativi doveri non soltanto il limite ma la funzione, il fondamento della sua stessa titolarità".

no matrimônio, admitindo o art. 226, § 3º, formas familiares não fundadas no casamento. Parece oportuna a análise de cada uma dessas etapas.

Durante muito tempo, o estigma do adultério e a proteção ao casamento como única forma de constituição da família fez com que se considerasse o concubinato estranho ao direito, insuscetível de produzir efeitos jurídicos³. Afirmção maior dessa concepção é a traduzida pelo Código Civil que, em tema de concubinato, se refere unicamente ao adúltero, e sempre no sentido de repudiá-lo, tornando ineficaz atos jurídicos praticados entre parceiros adúlteros. Entendia-se que "estender os braços protetores aos concubinos terminará, sem dúvida, por prejudicar e comprometer a estabilidade e a dignidade da família legítima"⁴.

Tamanha hostilidade, contudo, num país onde mais da metade da população vivia e vive sob regime de união livre⁵, não se justificava, senão por preconceitos religiosos, sendo certo que o desfavor legislativo era dirigido exclusivamente ao concubinato contemporâneo à relação matrimonial, não já se estendendo às uniões formadas por parceiros sem impedimento legal para o casamento. Daí ter procurado a doutrina, sobretudo a partir dos anos cinqüenta, construir uma distinção conceitual, extremando o concubinato puro, caracterizado pela união livre e estável de duas pessoas desimpedidas, do concubinato impuro, hipótese em que pelo menos um dos parceiros se encontra impedido para o casamento, seja por manter outro casamento válido (concubinato adúltero), seja por serem ambos ligados por laço de parentesco próximo (concubinato incestuoso)⁶. Pela mesma ordem de motivos, há quem prefira distinguir os concubinos dos companheiros, estes formando livremente uma vida em comum⁷.

³ Cfr. o conhecido voto do Min. Hahnemann Guimarães, no Rec. Extr. nº 7.182/47, submetido à 2ª Turma do STF, in *RF*, agosto 1947, p. 422: "A ordem jurídica ignora avisadamente, a existência do concubinato, da união livre; não lhe atribui consequências [rectius típicas de direito de família]. São situações que não têm relevância jurídica, mas isto não impediria que se pagassem, que se entendessem devidos à concubina honorários pela prestação de serviços".

⁴ W. B. MONTEIRO, *Curso de Direito Civil. Direito de Família*, São Paulo, Saraiva, 1989, 19ª ed., p. 15. O Código Civil, em relação ao concubinato, trata apenas do adúltero, o que ocorre nas seguintes hipóteses, analisadas por M.H.DINIZ, *Direito Civil Brasileiro*, vol V, *Direito de Família*, São Paulo, Saraiva, 1993, 7ª ed., p. 227 e ss: art. 1177, proibindo as doações do cônjuge adúltero ao seu cúmplice; art. 1474, proibindo a instituição de concubina como beneficiária do contrato de seguro de vida; art. 1179, III, vedando a nomeação como herdeira ou legatária da concubina de testador casado; art. 183, VII, coibindo o casamento de cônjuge adúltero com o seu co-réu, desde que pelo crime tenha sido condenado.

⁵ E. DE MOURA BITTENCOURT, *Concubinato*, São Paulo, Livr. Ed. Universitária de Direito, 1980, 2ª ed. rev., p. 4.

⁶ V., por todos, M.H.DINIZ, *Curso de Direito Civil, Direito de Família*, cit., p. 226, com referências jurisprudenciais na mesma direção. Sobre as diversas espécies de concubinato, v., tb., R. LIMONGI FRANÇA, *Direito do Concubinato - I*, in *Enciclopédia Saraiva*, vol. 26, São Paulo, Saraiva, 1979, p. 437 e ss.

⁷ A. WALD, *Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito de Família*, São Paulo, Rev. dos Tribunais, 9ª ed., 1992 (1ª ed., 1962), p. 183, registra a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (R.F., 194/50), que acolhe a distinção entre a concubina e a companheira: "A concubina seria aquela mulher com quem cônjuge adúltero tem encontros periódicos fora do lar. A companheira seria aquela com quem o varão, separado de fato da esposa, ou mesmo de direito, mantém convivência *more uxorio*". A terminologia é adotada também por M. DA COSTA NEVES, *Concubina e Companheira*, in *Revista de Direito Civil*, 1980, p. 49 e ss. Sobre as espécies de concubinato, v. M. H. DINIZ, *Direito de Família*, cit., p. 226; e, ainda, E. DE MOURA BITTENCOURT, *ob cit*, p. 14/15, que distingue o concubinato no sentido amplo, aí incluindo-se a relação

A partir de tais distinções teóricas, passaram doutrina e jurisprudência, despindo-se pouco a pouco de preconceitos do passado, a procurar dar solução às situações de fato que, unindo pessoas em vida comum, honrada e estável, careciam de disciplina jurídica⁸. Entretanto, o abrandamento da rejeição não significou o acolhimento do concubinato no âmbito do direito de família. As relações concubinárias foram, ao revés, reconhecidas com base no direito obrigacional, protegendo-se o esforço que, despendido no curso da vida em comum por parte de um companheiro em favor do outro — tanto contribuindo para o acréscimo patrimonial deste, quanto em forma de auxílio ao seu bem estar pessoal —, não poderia deixar de gerar efeitos patrimoniais, sob pena de se consagrar o enriquecimento sem causa⁹.

Assim é que se estabeleceu, através de reiteradas decisões pretorianas, florescidas pontualmente a partir dos anos 30 e consolidadas nos anos 60, no âmbito, inclusive, do Supremo Tribunal Federal, que os bens adquiridos na constância do concubinato deveriam ser partilhados, desde que demonstrado o esforço direto ou mesmo indireto do outro cônjuge¹⁰, assegurando-se, por outro lado, uma indenização judicial a título de serviços prestados, nas hipóteses em que se não consiga demonstrar o concurso do esforço comum necessário à repartição dos bens¹¹. O Supremo Tribunal Federal, na esteira desta tendência, sublinhava que tais efeitos patrimoniais decorriam das relações

adulterina do concubinato em sentido estrito, definido como "a união estável no mesmo ou em teto diferente, do homem com a mulher, que não são ligados entre si por matrimônio. Tal é o sentido estrito, é a convivência *more uxorio*, ou seja, o convívio como se fossem marido e mulher".

⁸ A propósito do esforço doutrinário em reconhecer o concubinato, fazem-se eloquentes as palavras de E. DE MOURA BITTENCOURT, ob. cit., p.13: "Não basta afirmar que o concubinato é situação imoral e agressiva à família, que o Estado e os Tribunais devem defender a todo custo. Solução simplista desse teor seria indigna de qualquer aplauso. É mister encarar o problema e procurar resolvê-lo com a realidade social, sem transigência contra a organização da família, mas sem a cegueira de, pelo preexistente concubinato, lançar ao sacrifício pessoas sem culpa, ou de culpa já purgada, relativamente às situações em que se encontram". V., em sentido análogo, M. DA COSTA NEVES, *Concubina e Companheiro*, 1980, p. 49: "Ao contrário do Gênesis, o princípio não foi o verbo '*coniugo vobis*' do sacerdote ou do juiz que instituiu o casamento. No princípio foi o 'fato', o concubinato na sociedade tribal ou bárbara. Depois, sim, veio a palavra sacramental, mas para o casamento poligâmico de que a Bíblia dá conspícuo exemplo nas 700 esposas e 300 concubinas do rei Salomão. Não é possível ignorar o concubinato, pois trata-se de um fato de que resulta uma situação jurídica, com importantes conseqüências no campo do direito".

⁹ V., por todos, P. DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, vol VII, São Paulo, Rev. dos Trib., 1983, 4^o ed., p. 211, que lecionava: "O concubinato não constitui, no direito brasileiro, instituição de Direito de Família".

¹⁰ A posição da Suprema Corte encontra-se exaustivamente documentada em suas decisões. Cfr. *RTJ*, 74/486; 75/938; 81/275. A evolução jurisprudencial nos diversos Estados da Federação é passada em resenha por A. RIZZARDO, *Casamento e Concubinato - Efeitos Patrimoniais*, Rio de Janeiro, Aide, 1987, 2^a ed., p. 168 e ss.

¹¹ Cfr. as decisões do STF: *RTJ*, 70/108; 91/739; 101/744; e *RT* 339/514. Cfr., ainda, as decisões de Tribunais Estaduais: *RF* 258/274; *RF* 175/197; *RT* 557/180. Em doutrina, v., sustentando a concessão de ressarcimento pelos serviços prestados, ADAHIL LOURENÇO DIAS, *A Concubina e o Direito Brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1975, 2^a ed., p. 112. Quanto à delicada questão de se admitir a paga de salário à companheira, esclarece M.H. DINIZ, *Curso de Direito Civil*, cit., p. 231: "Claro está que a mulher não pode reclamar salário ou indenização como pagamento de *pretium carnis* ou como preço pela posse do seu corpo ou gozo sexual que dele tira o amante, devido à imoralidade que reveste tal pedido. Logo é justa a reparação dada à concubina que não pede salários como amásia, mas sim pelos serviços caseiros".

obrigacionais criadas pelo enlace, tanto na formação de uma sociedade de fato quanto na hipótese de simples prestação de serviços domésticos, rechaçando qualquer fundamento próprio do direito de família em tais decisões¹².

Poder-se-ia a rigor sintetizar tal fase com o enunciado da Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal: << Comprovada a existência da sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum >>¹³

3. Estabelecida a proteção patrimonial dos concubinos, nova etapa se estabelecerá na sua evolução no direito brasileiro. O ingresso do concubinato no Direito de Família caracterizaria, com efeito, uma nova e importante fase, na qual o legislador especial e, paulatinamente, a jurisprudência passariam a considerá-lo não só do ponto de vista das relações obrigacionais interpostas, tendo-se, ao contrário, em conta as relações de afeto e de solidariedade levadas a cabo pelos companheiros. Uma série de direitos foi sendo gradualmente concedida à concubina por força da longa vida em comum, parecendo oportuno passar em resenha os principais direitos então consagrados, sob pena de se perder de vista, como comumente parece ocorrer na manualística, esta significativa alteração na política legislativa, fundamental para que se perceba a fase seguinte, da absorção constitucional dos valores sedimentados na sociedade desde os anos setenta¹⁴.

Veja-se em primeiro lugar a possibilidade da companheira perceber a indenização do companheiro morto por acidente de trabalho, desde que este não fosse casado e a tivesse incluído como beneficiária (Dec. lei n^o 7.036/44; Lei 6.367/75; Lei 8.213/91).

No mesmo sentido consolidaram-se os direitos previdenciários da companheira na legislação social (Lei 4.297/63; Lei 6.194/74), inserindo-a como dependente do contribuinte falecido, tratando a jurisprudência de expandir tais direitos às hipóteses em que, à falta de designação expressa como dependente, a existência de filhos ou

¹² Cfr. *RTJ*, 79/229; 104/290 e, em especial, o acórdão da 2^a Turma, in *RTJ* 101/323, tendo por Relator o Min. Moreira Alves, em que se lê: "A sociedade de fato se situa no terreno do direito das obrigações, razão por que não dão margem a ela aspectos pessoais e espirituais da convivência *more uxorio*".

¹³ Registra nesta direção A. WALD, *A União Estável*, cit., p. 105, o voto do Min. Orosimbo Nonato que resume a posição histórica do STF: "É evidente que a qualidade só de amásia, a convivência *more uxorio*, não basta a atribuir à mulher a qualidade de sócia ou meeira. Ela pode ser apenas amásia, como pode ser, ainda, serviçal ou sócia (...). Ora, nos casos de cobrança de serviços prestados por mulher, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que o fato apenas do amásio não basta a caracterizar a formação da sociedade, mas não impede que se estabeleça entre concubinários sociedades comerciais de fato". A absorção das uniões livres pelo sistema jurídico, como relações lícitas, deu ensejo à construção doutrinária que, em perspectiva diversa, admite o contrato de concubinato ou de coabitação ou de convivência, pelo qual "manifesta os concubinos, espontaneamente, o propósito de se unirem, promovendo uma associação de fato e de direito, de mútua assistência e segurança, como titulares de direitos e deveres morais e patrimoniais, imbuídos no nobre propósito de constituírem seu lar. Criando essa livre união afetiva, propõem-se a comungar seus propósitos e recursos, ao encontro de seus mútuos interesses, para lograrem fins comuns, análogos à união legítima, casamento, mas com fundamento no art. 1363 de nosso CC" (A. VILLAÇA AZEVEDO, *Direito do Concubinato - II*, in *Enc. Saraiva*, vol. 26, cit., ps. 444 - 445).

¹⁴ Para uma resenha pormenorizada de tais direitos, v., por todos, M.H. DINIZ, *Curso de Direito Civil*, cit., p. 229 e ss.

a prova de dependência pudesse constatar a relação de fato estável e duradoura¹⁵. Na esteira de tal tendência admitiu-se inclusive a repartição da pensão previdenciária entre a legítima esposa e a companheira (Súmula 159 do extinto TRF).

Examine-se, em seguida, a Lei 6.015/73, a Lei dos Registros Públicos, cujo art. 57, §§ 2º e 3º, com a redação dada pela Lei 6.216, de 30 de junho de 1975, autoriza a companheira a adotar o sobrenome do companheiro, após 5 anos de vida em comum ou na existência de prole, desde que nenhum deles mantenha vínculo matrimonial válido.

Há de se registrar, por outro lado, na disciplina das locações urbanas, a possibilidade conferida pelas Leis 6.649/79 e 8.245/91, conforme anterior construção jurisprudencial, no sentido de permitir ao companheiro sobrevivente, assim como ao cônjuge, a continuação da locação celebrada pelo *de cujus*¹⁶.

Sublinhe-se ainda a disciplina dos filhos ilegítimos. Na esteira da firme tendência no sentido de assegurar-lhe direitos, a Lei 7.250, de 14 de novembro de 1984, alterando o art. 1º, § 2º, da Lei 883/49, autorizou o seu reconhecimento pelo cônjuge separado de fato há mais de 5 anos contínuos, na vigência, portanto, de um casamento formalmente válido¹⁷. Pode-se dizer que o legislador, neste momento, rompe imemorial compromisso para com as estruturas formais no Direito de Família, admitindo que a ausência de substância — a vida em comum — possa desvirilizar a força normativa que o casamento, ato solene por excelência, só por si, era capaz de atrair¹⁸.

¹⁵ Apresenta-se esclarecedor o trecho do acórdão proferido à unanimidade pelo extinto TRF, em sua composição plenária, in *RTFR*, 95/178, tendo por Relator o Min. Torreão Braz: "... por influxo da realidade social, refletida em cada espécie concreta submetida à sua apreciação, o Judiciário sempre se pôs na vanguarda do *ius scriptum*. Desse modo, construiu a sua jurisprudência à base da equidade e estendeu à companheira o direito de concorrer com os filhos do segurado, dispensando inclusive a declaração deste, para o efeito de percepção do benefício previdenciário, contanto que comprovada a convivência *more uxorio* e a dependência econômica, situações estas que receberam o selo legislativo tempos depois, com a entrada em vigor do Decreto-lei nº 66/66 e da Lei nº 5.890/73". V., ainda, M.H.DINIZ, ob. cit., p.230, com referências jurisprudenciais e de decisões do Conselho Regional da Previdência Social.

¹⁶ V. os nossos *Comentários à Lei 8.245*, (Coord.C.A. Bittar), Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, p. 21, acerca da significativa alteração introduzida pela Lei 8.245/91: "O legislador, obedecendo ao ditado constitucional, absorve, na noção de família, a entidade familiar não fundada no matrimônio (art. 226, § 3º, Constituição Federal), determinando que o companheiro se sub-rogue prioritariamente na posição contratual do locatário falecido, a prescindir de eventual dependência econômica em relação ao inquilino falecido, e em igualdade de condições com o cônjuge sobrevivente (...) O legislador acaba, assim, para efeitos sucessórios, com o requisito de dependência econômica no caso da união estável, admitindo e protegendo o companheiro no âmbito das relações estritamente familiares, sem qualquer apelo ao direito obrigacional. O companheiro sobrevivente, ligado por laços exclusivamente espirituais ao *de cujus*, de quem não dependia economicamente, resta, pois, amparado pelo novo regime locatício".

¹⁷ Sobre o tema, seja consentido, ainda uma vez, remeter a G. TEPEDINO, *A Disciplina Jurídica da Filiação*, in *Direitos de Família e do Menor* (Coord. Sálvio de Figueiredo), Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 255 e ss.

¹⁸ Na jurisprudência é de se destacar a mesma tendência, valorizando-se o concubinato em detrimento de relação conjugal factualmente desfeita, ainda que formalmente válida. Nesta direção decidiu a 4ª CC do TJSP, in *Lex* 138/347, a despeito do teor do art. 1719 do Código Civil: "A longa e irreversível separação de fato desveste o concubinato da conotação de impuro, habilitando a ex-concubina a receber o legado que lhe deixou o testador".

A evolução legislativa e jurisprudencial apontada demonstra que o concubinato, desde que sem concorrer com o casamento, passou a ser reconhecido como relação válida, produzindo efeitos jurídicos independentemente da divisão patrimonial derivada do esforço comum dos companheiros.

A introdução do concubinato no Direito de Família, embora não reconhecida pela doutrina, pode ser nitidamente verificada pelo próprio teor das decisões jurisprudenciais que, para fins de produção de efeitos obrigacionais, leva em conta os pressupostos de uma vida estável, séria e duradoura, aos moldes de uma relação fundada no casamento¹⁹.

De qualquer sorte, a jurisprudência sempre separou os efeitos — por assim dizer — naturais do concubinato daqueles — por assim dizer — acidentais, ou secundários, atinentes à formação patrimonial.

Dito diversamente, extraem-se do exame jurisprudencial efeitos que decorrem diretamente da vida em comum dos companheiros — legitimidade para prosseguir na locação, direito à utilização do nome de família, legitimidade para pleitear benefícios previdenciários, acidentários ou de responsabilidade civil —, para os quais se exigia apenas a demonstração dos requisitos de existência do concubinato; e, por outro lado, efeitos puramente obrigacionais, independentes de considerações de natureza espiritual ou existencial, condicionados ao modo pelo qual se dá a formação do patrimônio dos companheiros, no âmbito de uma sociedade de fato que, paralela à eventual demonstração de união estável, com esta não se confunde, podendo até mesmo existir sem a demonstração do concubinato.

Prova disso é a divisão de aquestos determinada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na hipótese de rumorosa dissolução de relação homossexual. Claro está que o magistrado, em 1º grau, ao atribuir 50% dos bens do falecido ao seu companheiro e colaborador, percentual reduzido a 25% em instância recursal, não admitiu a existência de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Pelo contrário, negando-se o concubinato pela ausência do primeiro dos pressupostos para sua configuração, que é a diversidade de sexos, admitiu-se nada obstante a partilha com fulcro no direito das obrigações: prova definitiva da separação conceitual, assimilada há muito pela jurisprudência, entre a união estável, capaz de produzir efeitos legais decorrentes de considerações própria do direito de família — os pressupostos de concubinato puro —, e a sociedade de fato, capaz de produzir efeitos patrimoniais, com base em argumentos do direito obrigacional²⁰.

¹⁹ Cfr., nesta direção, acórdão unânime da 2ª Câmara do TJRJ, sendo Relator o Des. Penalva Santos, in *ADV-COAD*, nº 57094, assim ementado: "Sociedade de fato. A convivência *more uxorio* por vinte e dois anos, demonstrado que a companheira dedicou-se nesse longo período de tempo ao varão, dando-lhe assistência espiritual, conforto, ministrando-lhe cuidados, dada a saúde precária do companheiro, caracterizou, à evidência, a sociedade de fato (...)"

²⁰ Ac. un. 5ª C. Cível, in *ADV-COAD*, nº 47965, em cuja ementa se lê: "Comprovada a conjugação de esforços para formação do patrimônio que se quer partilhar, reconhece-se a existência de uma sociedade de fato e determina-se a partilha (...) No voto do Relator, Des. Narciso Pinto, ressalva-se: "Deve-se observar, desde logo, que nenhuma importância tem, para apreciação do pedido, a natureza das relações que ligaram o autor à pessoa de Jorge Guinle, não cabendo aqui qualquer discussão sobre se, entre eles, existiu este ou aquele tipo de relacionamento, apresentando-se pois, inteiramente despropositadas as considerações feitas pelo réu, ora apelante, a respeito de possíveis ligações amorosas ou sexuais entre o autor e o finado Jorge".

4. Tais reflexões permitem a compreensão da terceira fase acima proposta, caracterizada pela previsão constitucional de entidades familiares não fundadas no matrimônio.

Conforme dispõe o art. 226, § 3º, da Constituição Federal: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Já o § 4º preceitua: "Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes".

Não se poderia nesta sede reproduzir os inúmeros argumentos que, mercê de impressionante criatividade e de forte carga ideológica, foram adotados para explicar os aludidos preceitos constitucionais, as mais das vezes para subtrair-lhes seu conteúdo normativo. Nem se poderia, tampouco, nos limites pretendidos, perquirir a instigante temática relativa aos núcleos familiares formados por um dos genitores e o filho. Basta aqui, para o fim proposto, indicar as duas grandes correntes que se formaram, em doutrina e na jurisprudência, em torno da união estável, após a advento da Constituição de 5 de outubro de 1988.

A primeira delas entende que, com a assimilação constitucional de modelos familiares extramatrimoniais, devem ser equiparados os direitos decorrentes da família fundada no casamento com os resultantes da constituição de uma união estável, bastando que se faça a prova desta relação para que se produzam os efeitos previstos para a relação matrimonial.

Afirma-se, nesta direção: "com a nova disciplina constitucional, o que se tratava como sociedade concubinária, produzindo efeitos patrimoniais, com lastro nas regras da sociedade de fato, do Código Civil, passa ao patamar da união estável, reconhecida constitucionalmente como entidade familiar e, como tal, gozando da proteção do Estado, legitimada para os efeitos das regras do direito de família. Assim, não se deve mais falar em concubinato, em sociedade de fato. São termos que têm de ser arquivados (...) como consequência, o tratamento de todas as questões relativas à união estável deve ser nas varas especializadas de família, não mais nas varas cíveis. Com isso, também, estão superadas tanto a necessidade da prova do esforço comum, como a indenização por serviços domésticos. No primeiro caso, é de ser reconhecida a comunhão de bens adquiridos na sua constância e, no segundo caso, deve ser facultado o pensionamento".²¹

Na jurisprudência, na mesma linha de tendência, há ainda quem considere herdeira a companheira, aplicando-se-lhe a regra do art. 1611, Código Civil, *tout court*. Vale reproduzir decisão neste sentido do Tribunal de Justiça de Goiás, assim ementada: "União Estável. Companheira. Herdeira. 1. Provada à sociedade a existência de união estável, *id est* entidade familiar, com aparência de matrimônio, que só se dissolveu com a morte do companheiro, sem deixar descendentes ou ascendentes, a companheira tem hoje proteção constitucional, *ex vi* do art. 226 da lei Maior, e direito a perceber a totalidade dos bens deixados pelo *de cuius*, porquanto ela contribuiu direta e indiretamente para a formação e manutenção do patrimônio. 2. Inventário requerido por colateral. Considera-se irrito o processo de inventário aberto por irmão do *de cuius*, quando, *in casu* sucessora é a

²¹ C.A. MENEZES DIREITO, *Da União Estável*, in *O Direito na Década de 1990*, cit., p. 136.

companheira do extinto e segundo o art. 1611 do Código Civil ela é quem tem legitimidade para tal, na ausência de descendentes ou ascendentes".²²

Contra esta corrente sustenta-se, majoritariamente, que o constituinte, com a previsão do art. 226, não cria direitos subjetivos imediatamente exigíveis mas, ao revés, vincula apenas o legislador ordinário, tratando da união estável apenas "para efeito da proteção do Estado", como diz o dispositivo. Segundo tal raciocínio, o Estado deverá proteger os companheiros através de regulamentação futura, que não poderia negar proteção ao concubinato, sem que tal tutela representasse a pretendida equiparação com o casamento.

Aduz-se, no mesmo diapasão, que "as medidas protetoras porventura adotadas pelo Estado em benefício da família devem aproveitar também às uniões não formalizadas, mas estáveis, entre homem e mulher, as quais se consideram, para esse fim, como "entidade familiares". Daí a supor que a norma atribui ao homem ou à mulher, partícipe de união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou mulher casada, medeia boa distância".²³

Um segundo argumento, em defesa da mesma tese, refere-se ao dever atribuído ao legislador ordinário pelo constituinte, de facilitar a conversão da união estável: "se as duas figuras estivessem iguais, não faria sentido dizer que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Não se pode converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais: se já são iguais, é desnecessária — e inconcebível — a conversão".²⁴

5. Posta a questão nesses termos, diverge a jurisprudência em torno de específicos direitos, tanto no plano de lei material quanto na legislação processual, sem que se tenha como referência parâmetro seguro para estabelecer os direitos conferidos aos companheiros, à luz do direito positivo.

Ao propósito, não seria exagero afirmar que, inobstante o valor jurídico das teses em exame, o debate em torno da equiparação ou não do casamento à união estável revela uma falsa questão, na qual se cotejam elementos heterogêneos, ou seja: o casamento, como ato jurídico solene, capaz de produzir efeitos que decorrem diretamente dele; e, ao contrário, a relação jurídica estabelecida no curso da vida em comum pela união estável.

²² Acórdão unânime da 1ª Turma da 2ª Câmara do T.J. de Goiás, na ap. cível n. 32.341-8/188, in *Adcoas* n. 142517

²³ Emb. Infringentes n. 178/90, em 29/08/90, IV Grupo de Câmaras Cíveis do T.J.R.J., sendo Relator o Des. J. C. Barbosa Moreira.

²⁴ J.C. Barbosa Moreira, emb. infr. cit. Eloquentemente, também, no mesmo sentido, o teor do acórdão por maioria da 4ª CC do TJSP, Relator Des. Alves Braga, in *ADV-COAD* nº 44714, no qual se assevera: "Há erro de perspectiva na afirmação que a Constituição da República equiparou o concubinato à família. Não houve equiparação, já que não foi abolido o casamento como base legal da constituição da família (...) O texto constitucional não usou a expressão equiparar em seu art. 226. A família continua sendo a base da sociedade e, o casamento, a base da constituição da família. Apenas reconheceu 'para efeito de proteção do Estado' a 'união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar', programando a facilitação do casamento. Manteve, portanto a distinção entre *casamento* e *acasalamento*' (grifou-se).

Como se sabe, casamento pode designar tanto o ato jurídico solene que estabelece a família legítima, como a relação familiar por ele criada. Diz-se, por exemplo, que Tício se casou em certo dia do ano, para referir-se a tal solenidade. Ao revés, a afirmação de que Caio está casado há 20 anos alude à entidade familiar por ele constituída, como relação jurídica que engloba o conjunto de efeitos próprios da convivência familiar, a qual, no caso de Caio, tem origem no casamento.

Dúvidas não há quanto ao ingresso da união estável no direito de família; bem como em relação ao novo conceito de entidade familiar que, nos termos da Constituição, passa a independe do ato jurídico do casamento para a sua existência. Que a união estável entre homem e mulher, assim como a relação entre um dos genitores com os seus descendentes, tornaram-se modalidades de família, parece se constituir em evidência a mais não poder, matéria que dispensa qualquer regulamentação infraconstitucional²⁵.

A Constituição Federal, contudo, não pretendeu equiparar entidades heterogêneas, identificando a relação familiar de fato com o mais solene dos atos jurídicos. O casamento, com efeito, como ato jurídico, pressupõe uma profunda e prévia reflexão de quem o contrai, daí decorrendo imediatamente uma série de efeitos que lhe são próprios — dada a certeza e a segurança que oferecem os atos solenes. Já a união estável, ao contrário, formada pela sucessão de eventos naturais que caracterizam uma relação de fato, tem outros elementos constitutivos, identificáveis ao longo do tempo, na medida em que se consolida a vida comum.

Aí está o cerne de questão: os efeitos jurídicos que decorrem do ato solene consubstanciado pelo casamento, cujo substrato axiológico vincula-se ao estado civil e à segurança que as relações sociais reclamam, não podem se aplicar à união estável por diversidade de *ratio*. A união estável, como entidade familiar, aplicam-se em contraponto, todos os efeitos jurídicos próprios da família, não diferenciando o constituinte, para efeito de proteção do Estado (e, portanto, para todos os efeitos legais, sendo certo que as normas jurídicas são emanção do poder estatal), a entidade familiar constituída pelo casamento daquela constituída pela conduta espontânea e continuada dos companheiros, não fundada no matrimônio.

Trata-se de identificar a *ratio* das normas que se pretende interpretar. Quando informadas por princípios relativos à solenidade do casamento, não há que se estendê-las às entidades familiares extramatrimoniais. Quando informadas por princípios próprios da convivência familiar, vinculada à solidariedade dos seus componentes, aí sim, indubitavelmente, a não aplicação de tais regras contrariaria o ditame constitucional.

O casamento, constituindo a família legítima, confere aos cônjuges o estado civil de casados, "fator de identificação na sociedade", atraindo uma série de efeitos próprios deste *status*, qualidade jurídica que, à evidência, não pode ser atribuída a ninguém que não seja casado²⁶.

²⁵ V. por todos, C.A. MENEZES DIREITO, *Da União Estável*, cit., p. 136, o qual, invocando lição de José Afonso da Silva, sustenta a eficácia imediata da norma do art. 226 da Constituição Federal.

²⁶ Como observa Y. SAID CAHALI, *Do Direito de Alimentos no Concubinato*, in *Direitos de Família e do Menor*, cit., p. 220: "O concubinato não cria um estado civil nem modifica a condição jurídica das pessoas".

6. Considera-se comumente como efeitos jurídicos do casamento (*rectius*, ato jurídico do casamento): 1º. o estabelecimento do vínculo de afinidade; 2º. a emancipação do cônjuge menor de idade; 3º. o conferimento de título sucessório; 4º. a disciplina das relações patrimoniais dos cônjuges (regimes matrimoniais); 5º. a imediata submissão dos cônjuges a deveres específicos (fidelidade, mútua assistência)²⁷.

Tais efeitos podem ser definidos, em feliz síntese, como "consequência que se projetam no ambiente social, nas relações pessoais e econômicas dos cônjuges, nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, dando origem a direitos e deveres próprios e recíprocos, disciplinados por normas jurídicas", e sistematizados em três categorias, a saber: efeitos sociais; efeitos pessoais; efeitos patrimoniais²⁸.

Nota-se que todas estas consequências são geradas imediatamente pelo ato nupcial, independentemente de considerações espirituais ou de qualquer elemento condicional. Decorrem do ato jurídico solene cuja realização parece ser, aos olhos do legislador, a forma de assegurar a terceiros interessados a ciência quanto a regime de bens, estatuto pessoal, patrimônio sucessório, e assim por diante. Se alguém pretende negociar com uma pessoa casada sabe perfeitamente que deverá conhecer o regime matrimonial dos bens e, eventualmente, a projeção do negócio sobre o patrimônio do outro cônjuge. A outorga conjugal em certas hipóteses, a autorização para a prestação de fiança, são casos previstos em lei que demandam uma absoluta certeza, por parte dos interessados, quanto à disciplina dos bens vigente, segurança que só se obtém pelo ato solene do casamento.

Diversamente, tem-se as normas que, pertinentes à relação familiar, incidem sobre os cônjuges mas são informadas pela solidariedade própria da convivência familiar. Assim, por exemplo, pode ser considerada a legislação relativa à previdência social e à legislação infortunistica, marcada pelo dever do Estado em se subrogar como artifice do conforto familiar. Assim também o direito de prosseguir no contrato de locação, que tem em mira a garantia da moradia do locatário no seu núcleo familiar, pouco importando a forma de constituição de sua família.

A competência atribuída às varas especializadas de família decorre seguramente da peculiaridade da matéria em conflito, relativa ao núcleo familiar, sendo para tanto irrelevante o seu modo de constituição. Em outros palavras, é a matéria a fixar a competência, não já a forma pela qual a entidade familiar se constituiu. Daí porque ser manifestamente inconstitucional retirar das varas especializadas conflitos atinentes ao direito de família, só porque em presença de uma união estável — modalidade de entidade familiar prevista no art. 226 da Constituição²⁹.

²⁷ Cfr., na manualística, dentre outros, O. GOMES, *Direito de Família*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, 4ª ed., p. 122; M. H. DINIZ, *Direito de Família*, cit., p. 96 e ss. Tais deveres são pormenorizados por M. AURELIO S. VIANNA, *Curso de Direito Civil, Direito de Família*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, p. 87 e ss.

²⁸ M.H.DINIZ, *Direito de Família*, cit., p.97.

²⁹ Doutrina e jurisprudência majoritárias não têm admitido a apreciação, em varas especializadas de família, de questões concernentes ao concubinato. V. ac. un. 1ª C. Cível TJSP, in *Lex* 129/288, reformando a decisão de 1ª instância em que o juízo cível declinara de sua competência para uma das Varas de Família; ac. un. 2ª C. Cível TJSP, in *ADV-COAD, Seleções Jurídicas*, 12/92, nº 35. Em doutrina, v., por todos, Y. SAID CAHALI, *Do Direito de Alimentos no Concubinato*, in *Direitos de Família e do Menor*, cit., p. 114. Cfr., todavia, a Súmula nº 14 do T. J. do Rio Grande do Sul (Câmaras Cíveis Reunidas): "É da Vara da Família, onde houver, a competência para as ações oriundas de união estável"; e o ac. un. da 7ª C. Cível

Por idêntico fundamento, não há como negar à companheira a legitimidade processual para interpor medida cautelar de separação de corpos, necessária ao afastamento do companheiro que a atormenta, dado que o interesse de agir está informado pela necessidade de ruptura da convivência familiar — o que, sem dúvida aplica-se a qualquer família, independentemente de sua origem³⁰.

Mais polêmicos parecem ser os efeitos relativos à pensão alimentícia, à comunhão de aquestos e aos direitos sucessórios.

Com relação à pensão alimentícia, não se trata de um efeito próprio do casamento. Decorre da conversão do dever de mútua assistência, gerado pelo casamento, no momento da separação. De mais a mais, nem toda sociedade conjugal gera a obrigação alimentar. Esta dependerá também dos pressupostos de necessidade do alimentando e das possibilidades do alimentante, e poderá vir a ser cancelada pelo comportamento culposos. Entende o legislador que a quebra, por um dos cônjuges, dos deveres do casamento retire-lhe o direito de pretender alimentos, condicionando, portanto, tal pretensão, à verificação de sua conduta durante o curso da relação conjugal.

De tais considerações decorre, portanto, que o dever de alimentos, nascendo com o casamento, é informado pela solidariedade mútua que se estabelece na vida em comum, não sendo lícito excluir, por isso mesmo, da união estável, a possibilidade de gerar tais efeitos, uma vez demonstrada a solidariedade e o respeito insculpidos na vida dos companheiros ao longo dos anos. O dever de alimentos surge como uma substituição à mútua assistência, devida compulsoriamente no casamento e verificada espontaneamente na entidade familiar de fato.

TJSP, in *Lex*, 136/68, admitindo a propositura em Vara de Família de ações relacionadas a questões não-obrigacionais envolvendo os concubinos. E, ainda, no sentido do texto, o artigo doutrinário do Des. S. GLANZ, *União Estável*, in *O Direito na Década de 1990*, cit., p. 204 e ss., com ampla referência bibliográfica, bem como A. WALD, *A União Estável (Evolução Jurisprudencial)*, in *Direitos de Família e do Menor*, cit., p.114.

³⁰ Cfr. importante *leading case* da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Relator o Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO, in *Direitos de Família e do Menor*, cit., p. 387 e ss., acolhendo cautelar inominada (não já medida cautelar de separação de corpos) destinada a afastar o concubino do imóvel de sua companheira e reformando decisão da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo que considera a autora carecedora do direito de ação, por não terem os concubinos o dever de coabitação. Em seu lícido voto, o Min. Salvio de Figueiredo, com base no dever atribuído pela Constituição ao Estado de proteger a família, afirma que "garantir a integridade física da companheira e resguardar os filhos dos maus exemplos em sua formação constituem obrigação a que o Estado Judiciário não pode furtar-se quando procurado". V., ainda, acórdão da 8ª C. Cível do TJSP, in *Lex*, 136/216, em que se admite a própria medida cautelar de separação de corpos: "É de transparência diáfana o texto constitucional quando, de um lado, reconhece a união estável como entidade familiar e, de outro, assegura assistência, criando mecanismos de proteção, a cada um, exatamente para coibir violência no âmbito de suas relações (...) Além, a evolução social, a impelir o legislador constitucional a tomar conhecimento da sociedade concubinária e, mais do que isto, a lhe emprestar proteção e a seus efeitos (...) lançou verdadeira pá de cal nas objeções de grande parte dos juristas de então, bem assim nas daqueles que seguiram suas pegadas".

Não se justifica, por tais fundamentos, a negativa à estipulação de pensão alimentícia ao companheiro que dela necessita, após a separação, desde que verificados os pressupostos legais pertinentes³¹.

Com relação à comunhão de aquestos, uma vez estremanadas a união estável, como comunidade familiar, e o casamento, ato jurídico formal que estabelece regime de bens entre os cônjuges, nota-se a dificuldade de se estipular, só pelo fato da comunhão espiritual própria da convivência familiar, um regime de bens que os companheiros nem sempre pretenderam adotar.

Na esteira de tal constatação, pode-se aduzir que a comunhão de aquestos é consequência direta do regime de bens adotado pelo ato solene do casamento, o que parece indispensável para a segurança das relações jurídicas. Estabelecido o regime de bens, toda uma série de regras a ele inerentes passa a reger as relações patrimoniais dos cônjuges, sendo por demais simplista considerar apenas, no seu bojo, a comunhão de aquestos. O regime de bens implica a necessária autorização conjugal para a prática de certos atos, a constituição de um, dois ou três patrimônios, a definição dos direitos e de deveres de cada cônjuge. Não há partilha que não expresse todo um conjunto de aspectos a ela transcendente. Nada disso ocorre no concubinato, até mesmo pela espontaneidade que lhe é inerente.

Demais, a vida espiritual de dois companheiros, para sua caracterização, não leva em conta o regime de bens pretendidos. Assim como o casamento pode ser estipulado mediante qualquer regime patrimonial de bens, prevalecendo a autonomia das partes como princípio geral, também a união não tem na comunhão de aquestos um pressuposto para sua configuração, sendo certo que os companheiros, por maioria de razão, podem, no dia-a-dia de sua convivência, optar pela constituição de patrimônio único, a partir da comunhão de esforços e de recursos, como podem seguir cada qual a sua atividade econômica independente, constituindo patrimônios separados, sem embargo da cumplicidade espiritual que lhes é implícita.

³¹ Corrente jurisprudencial majoritária nega o direito a alimentos à concubina: ac. un 2ª C. Cível TJSP, in *ADV/COAD*, nº 58.754, lendo-se na ementa: "Alimentos. Obrigação alimentar. Concubina. Inadmissibilidade. Obrigação condicionada às relações de parentesco ou entre cônjuges". No mesmo sentido, ac. un. 3ª C. Cível TJSP e 7ª C. Cível TJRJ, in *ADV/COAD*, nº 58892 e *ADV/COAD, Seleções Jurídicas*, 12/92, nº 18, este último ressaltando na ementa: "Dever de Alimentos pressupõe matrimônio. Concubinato. Inexiste possibilidade de analogia com o casamento para fins de assistência alimentar. *Matrimônio non presumitur*". Contra, o voto vencido do Des. C.A. Menezes Direito da 1ª C. Cível TJRJ (*ADV/COAD*, nº 60180), em que se observa: "Assim, se a união estável é elevada ao patamar de entidade familiar, é evidente que as leis protetoras da família podem alcançá-la, dispensando qualquer outra construção jurisprudencial. Desse modo, é possível o pensionamento". Admitem, em doutrina, a prestação de alimentos em favor da concubina, S. GLANZ, *União Estável*, in *O Direito na Década de 1990*, cit., p. 207, A. WALD, *A União Estável (Evolução Jurisprudencial)*, in *Direitos de Família e do Menor*, cit., p. 114; S. GISCHOW, *A União Estável e os Alimentos*, in *R.T.*, 657/17. Em sentido contrário, Y. SAID CAHALI, *Do Direito de Alimentos no Concubinato*, in *Direito de Família e do Menor*, cit., p. 215 e ss. e, esp., p. 219/220: "portanto, sob este aspecto, em nada foi modificado o direito anterior pela pretendida transformação da união estável do homem e da mulher em <<entidade familiar>>"; M. AURELIO S. VIANA, *Curso de Direito de Família*, cit., p. 215, que admite, com apoio em jurisprudência, o acordo, seja por instrumento público ou particular, em que o companheiro se obriga a pensionar a concubina, merecendo então cumprimento o pacto, que funcionaria "como verdadeira indenização pelos serviços prestados pela companheira, no âmbito doméstico, o que não prejudica o direito sobre o patrimônio comum se houve esforço de ambos os concubinos na sua constituição".

De mais a mais, se sequer a convivência em um mesmo teto é necessária para a caracterização de uma união que, por ser espontânea, não há de se fixar em parâmetros tão fixos³², muito menos é de se considerar decorrência necessária da família de fato a comunhão de atividades econômicas, da qual possa decorrer a necessária presunção de patrimônio comunitário.

Por tudo isso, e em que pese o esforço de vozes minoritárias direcionadas à ampliação dos direitos dos companheiros, não se coaduna com o sistema a presunção de patrimônio comum nas entidades familiares de fato, seja por não ser este regime de bens pressuposto natural da comunhão espiritual, seja porque não se confunde a união estável com a sociedade de fato que dela pode eventualmente decorrer³³.

Pode existir sociedade de fato sem a existência de união estável, assim como pode esta ocorrer sem a presença daquela, hipótese em que os direitos dos companheiros devem ser preservados, assim como na separação conjugal, através do dever de alimentos que, tendo como fonte a vida em comum, revela a transformação da assistência recíproca, consolidada ao longo do tempo, em auxílio pecuniário. Sublinhe-se, enfim, que a comunhão de esforços não necessariamente deve se dar de maneira direta, sendo razoável aceitar, conforme há muito acatado pelo Supremo Tribunal Federal, a contribuição indireta da concubina como meio de caracterizar a unicidade patrimonial.

Há de se concordar, por estas razões, com o entendimento que vem prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça, ainda que por fundamentos diferenciados, no sentido de que "o concubinato, só por si, não gera partilha. Necessário que exista patrimônio, constituído por esforço comum". A mesma ementa esclarece, mais adiante, com razão: Daí não se segue, entretanto, que indispensável seja direta essa contribuição para formar o patrimônio. A indireta, ainda que eventualmente restrita ao trabalho doméstico, poderá ser o bastante. Entretanto, havendo o acórdão negado tivesse a autora colaborado, de qualquer forma, para o acréscimo patrimonial, não se pode reconhecer existente sociedade de fato".³⁴

Em outra decisão da mesma Corte, corroboram-se as razões anteriormente invocadas, ditando a ementa: "Quanto à formação do patrimônio comum, em si, o concubinato não faz nascer os mencionados efeitos patrimoniais, pois a companheira ou concubina para cobrá-los tem que provar que dessa convivência *more uxorio* nasceu uma sociedade de fato e, assim, surge a possibilidade de partilha de bens, desde que adquiridos como resultado de um esforço comum dela e de seu companheiro"³⁵

³² Conforme reza a Súmula 382 do Supremo Tribunal Federal "A vida em comum sob mesmo teto *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato".

³³ Cfr., em sentido contrário, o conceituado magistério de A. WALD, *União Estável (Evolução Jurisprudencial)*, in *Direitos de Família e do Menor*, cit., p. 114, que adota singular posição — certamente a provocar a reflexão da doutrina: "A existência da união enseja uma presunção da ocorrência de sociedade de fato que se caracteriza como sendo: a) *juris et de iure* nas classes menos favorecidas, nas quais tanto o homem como a mulher sempre participam do trabalho que enseja a sobrevivência econômica do casal e eventuais filhos; b) *juris tantum*, nos demais casos".

³⁴ Resp. nº 1.648-RJ, ac. un. da 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 16/4/90, in *Direito de Família e do Menor*, cit., p. 424.

³⁵ Ac. un. 3ª Turma do STJ, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU de 10/12/90, in *Direitos de Família e do Menor*, cit., p. 425. Em doutrina, para um exauriente estudo sobre a evolução da jurisprudência, em

Finalmente, quanto à capacidade sucessória, a união estável, pela seriedade de seus propósitos, autoriza evidentemente aos companheiros a serem beneficiários testamentários, não lhe conferindo, porém, pela ordem de motivos exposta, o título sucessório do art. 1611 do Código Civil, este uma consequência típica e imediata do casamento. Com o casamento, sabe-se com toda a segurança os legitimados à sucessão dos cônjuges³⁶. Na união estável, marcada pela espontaneidade, pode o companheiro deixar sua parte legítima para a companheira, ou vice-versa, sem que se possa estabelecer um título que, segundo a letra da lei, é atribuído ao cônjuge.

particular no que tange ao Supremo Tribunal Federal, em tema de dissolução da sociedade de fato, v. A. WALD, *A União Estável (Evolução Jurisprudencial)*, in *Direitos de Família e do Menor*, cit., p. 97 e ss.

³⁶ No sentido do texto, v. a voz conceituada de A. WALD, ob. cit., p. 114: "A união estável não produz necessariamente efeitos sucessórios, não se equiparando a companheira à esposa, nem o companheiro ao cônjuge varão, para tais fins".

**CERTIFICADO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS:
A DECLARAÇÃO UNILATERAL DE VONTADE COMO
FONTE DE OBRIGAÇÃO**

João Afonso da Silveira de Assis*

A possibilidade jurídica da criação de um *título representativo do direito ao fornecimento de mercadorias e serviços (certificado)*, a ser emitido pelas empresas que se dediquem a essas atividades, inclusive pelas concessionárias de serviços públicos (concessionárias), com as características propostas resumidamente a seguir:

I - Características Formais e Funcionais do Certificado

- (a) indicação da quantidade de mercadoria ou medida de fornecimento do serviço, na unidade métrica adequada à atividade da eminente, com valor de face correspondente ao preço ou tarifa da mercadoria ou serviço à época da emissão.
- (b) cláusula de atualização do valor de face de acordo com os reajustes de preços ou tarifas praticadas pela emitente.
- (c) oponível à eminente, exclusivamente para o pagamento de contas de fornecimento de mercadorias ou serviços resultante da exploração de seu objeto social.
- (d) *ao portador* ou *nominativos à ordem*, de modo a ter a sua circulação viabilizada pela simples tradição ou por via do endosso.
- (e) prazo de carência para o início de sua circulação, a critério da emitente.
- (f) prazo de validade máxima para sua atualização, a critério da emitente.

* Professor de Direito Comercial - FUC-Rio.

(g) emissão para oferecimento da garantia do cumprimento de obrigações em contratos de mútuos ou para a representação da venda antecipada de mercadorias ou serviços, sempre mediante colocação privada junto aos tomadores interessados.

(h) utilização, pelo portador legitimado, para o pagamento de contas de fornecimento de mercadorias ou serviços perante a emitente ou para desconto junto a instituições arrecadoras de contas de fornecimento da emitente ou, ainda, diretamente junto a consumidores da emitente.

(i) direito à devolução do preço, a critério do tomador, correspondente ao valor de face atualizado de acordo com o reajuste de tarifa, em caso de impossibilidade de fornecimento da mercadoria ou serviço, pela emitente, durante o prazo de validade máxima para utilização do certificado.

II - A Natureza Jurídica Proposta

O direito ao fornecimento de mercadorias ou serviços constitui um valor *patrimonial*. Um *valor patrimonial* que possa vir a ser criado e documentado em um título torna-se transmissível por simples tradição, como as coisas móveis. Nas sucessivas transmissões, não se verificação cessões de crédito propriamente ditas, mas a substituição do titular do direito considerado como *valor patrimonial*, assim como ocorre quando uma coisa passa de um patrimônio a outro por efeito de negócio traslativo.

É isso o que se pretende com a emissão dos certificados representativos do direito ao fornecimento de mercadorias ou serviço. A incorporação do direito ao certificado deverá conferir-lhe absoluta liquidez, na medida em que a simples transmissão do certificado implicará na transferência do direito nele indicado a um novo titular aproveitar o fornecimento da mercadoria ou serviço.

A fonte dos princípios que nos autorizam concluir pela viabilidade da emissão dos certificados assenta-se na teoria da declaração unilateral de vontade. O Código Civil consagra um dos títulos do livro das Obrigações àquelas nascidas da *declaração unilateral de vontade*, incluindo as provenientes de *títulos ao portador*, em seus artigos 1.505 e seguintes e as decorrentes de *promessa de recompensa*, nos artigos 1.512 e seguintes.

A referência exclusiva a essas suas duas modalidades de obrigações trazem implicitamente uma afirmação de princípio, segundo a qual, fora dos casos previstos e regulados na lei, as declarações unilaterais de vontade não são fontes de obrigações. Via de regra, para que uma pessoa fique vinculada, em face de uma outra, ao cumprimento de certa prestação, é necessário que entre elas haja um acordo bilateral: é o chamado princípio do contrato — da necessidade do contrato para que, no domínio das relações fundadas na vontade das partes, seja criado um vínculo obrigacional, uma relação jurídica de devedor para credor.

Há casos, porém, em que, a título excepcional, a lei reconhece a força vinculativa das declarações unilaterais constitutivas de obrigações, seja por causa da publicidade da declaração e das legítimas expectativas que ela criou, seja em virtude das

exigências do tráfico mercantil, ou seja, das relações de troca próprias do comércio de mercadorias ou serviços.

A vontade unilateral declarada em determinadas condições constitui, pois, fonte de obrigações. O *título ao portador* é a mais importante aplicação prática da teoria que atribui efeito obrigacional à simples declaração unilateral de vontade. Do ponto de vista teórico, significa a concepção mais arrojada da obrigação criada pela vontade de um só declarante.

Deriva, manifestamente, de novo conceito de *obrigação*, pelo que esta é considerada valor patrimonial suscetível de disposição. Quando incorporada a um *título ao portador*, a obrigação é encarada como um bem, no qual recai o poder do seu titular amparado no direito de propriedade, possibilitando-lhe ser transmitido infinitamente, sem que a série dos sucessores influa sobre a natureza e a essência do direito.

A obrigação passa a ter existência independentemente de ter sido o título adquirido pelo primeiro portador. A admissão da existência jurídica do título antes do aparecimento do primeiro credor exige o acolhimento de duas concepções: (i) a de que *a obrigação pode ser considerada valor patrimonial independente* e (ii) a de que *a obrigação pode ser materializada em título*.

Da primeira, decorre a consequência de que é um bem disponível, como qualquer coisa que integra o patrimônio das pessoas. A emitente cria um valor do qual poderá dispor, sem que, para a prática do ato de disposição, seja necessária a participação de outra pessoa. A obrigação nasce com o ato solitário de emissão do certificado e desde que se veja em sua criação um ato de disposição, quem o emite já está obrigado por sua declaração unilateral de vontade.

Por outro lado, para que a obrigação criada unilateralmente perdure indiferentemente da pessoa do futuro credor, é preciso incorporar-se o titular de sorte que se torne a expressão material da promessa feita. O certificado consubstanciado num simples pedaço de papel é como se fosse uma *coisa* que se possui e da qual se dispõe, dando-a ou vendendo-a e cujo bem ou direito se realiza quando seu portador exige do emitente do título o cumprimento da obrigação de dar ou fazer.

A obrigação do emitente, porém, não pode ser criada livremente. Ou seja, não há liberdade de emissão de títulos que possam vir a circular pela simples tradição. Reputa-se nulo, de acordo com o disposto no artigo 1.511 do Código Civil, "*o título em que o signatário ou emissor se obrigue, sem autorização de lei federal, a pagar ao portador quantia certa em dinheiro*". (grifo nosso)

Destaca a lei um motivo de nulidade objetiva, quando fulmina de ineficácia maior o instrumento no qual o subscritor faz circular título representativo de quantia certa em dinheiro. O instrumento dotado de tais características teria o conteúdo da moeda corrente e a emissão desta, em nosso sistema constitucional, é prerrogativa da União. Ao particular é vedada a emissão de um instrumento que contravenha a norma da Constituição Federal.

Da segurança que a lei empresta ao título ao portador decorre sua facilidade de circulação. Daí a necessidade que encontra o Estado de restringir o curso

desses títulos. Pois sua emissão indiscriminada, por quem quer que fosse, mesmo por pessoas incapazes de resgatá-los, representaria não só ameaça para a paz social, como instrumento incontrolável de inflação. Se o título ao portador circula como a própria moeda, mister se faz que o Estado controle sua emissão e circulação, para evitar os efeitos inflacionários dele resultantes. Dai a regra do artigo 1.511 do Código Civil.¹

Todavia, o presente trabalho está longe de pretender sustentar a livre emissão de títulos em série representativos de obrigações pecuniárias para oferta ao mercado. A proibição do artigo 1.511 restringe-se à emissão em série de títulos para oferta pública, não alcançando os emitidos para a assunção de obrigações que não sejam pecuniárias, como acontece, por exemplo, com o *bilhete de passagens de ônibus, trem ou avião, o conhecimento de transporte de bagagem, bilhetes de ingresso nos cinemas, casas de diversão e espetáculos públicos, o "voucher" de hotéis ou o vale-refeição*.

Dentre essa categoria de títulos, entendemos que poderão ser classificados os *certificados de fornecimento de mercadorias ou serviços*. São os chamados *títulos de legitimação* ou claudicantes, destinados à circulação e que, a rigor, não contêm uma dívida, mas apenas dão ao portador o direito de reclamar determinado serviço ou utilidade, quer dizer, de aplicá-lo no pagamento de determinados serviços ou utilidades. Quando o serviço ou utilidade não for prestado por falta atribuída ao emitente, este deverá obrigar-se à devolução do preço ao portador legitimado.

Não dependem da autorização de lei federal prevista no artigo 1.511 do Código Civil e embora apresentem características similares, não se acham sujeitas à disciplina do verdadeiro título ao portador, representativo de obrigação pecuniária.

Trata-se antes de títulos destinados à prática cotidiana e contínua de serviços industriais ou domésticos. De ordinário, não contém a assinatura de emissor, emprega-se algumas vezes o *fac-simile*. *Bruschettini diz: "é conhecida a peculiar importância que em matéria comercial se atribui aos usos e é justamente pela força do uso incontrastável que se abre exceções a esses títulos".*²

São títulos a partir dos quais tem-se a indicação de que o emitente deseja obrigar-se perante o portador. Não se configuram autênticos títulos ao portador, pois quase sempre se limitam a expressar de uma maneira incompleta o conteúdo da obrigação e a vontade de obrigar-se, não apresentando nem mesmo, muitas vezes, a assinatura do devedor ou de seu representante legal. Porém, *são tratados em seus aspectos mais importantes por analogia com os títulos ao portador:*

- (a) o portador pode exigir a prestação, a menos que não tenha o direito de disposição e o eminente libera-se em todo caso pela prestação do fornecimento da mercadoria ou serviço ao portador legitimado;
- (b) o emitente só está obrigado à prestação representada no certificado contra a entrega do mesmo pelo portador legitimado;

¹ Sílvio RODRIGUES, in *Direito Civil*, p. 399.

² CARVALHO DE MENDONÇA, citado por I. M. de Carvalho Santos in *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 9ª edição, Vol XX, p. 25.

(c) não é indispensável a forma assumida pelos títulos ao portador regulados por leis especiais e nem mesmo a assinatura de próprio punho, embora deva permitir facilmente ao emitente o reconhecimento de sua autenticidade;

(d) não é necessária a aprovação estatal para a sua emissão, a não ser, obviamente, que a empresa emitente opere sob controle especial do poder público.

A assinatura por chancela mecânica é admitida nos títulos de legitimação, quando se sabe que nos títulos ao portador só é possível dela fazer uso quando a lei permite. Quando se trata de emissão em massa de títulos, a lei pode permitir que em lugar da firma autêntica do emissor, os títulos contenham o *fac-simile* deste, por outra, a reprodução da assinatura verdadeira por meio mecânico. Não havendo a permissão legal expressa, a assinatura do emissor, que se obriga, deve ser autógrafa e de acordo com o seu contrato ou estatuto sociais se se trata de pessoa jurídica.

Por fim, tem-se, por enunciado do artigo 129 do Código Civil, que a validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. Assim, a emissão dos títulos de legitimação, dentre os quais se poderá enquadrar os *certificados de fornecimento de mercadorias ou serviços*, poderá ocorrer pela criação de documento que caracterize de forma tão circunstanciada quanto possível o direito nele incorporado, confirmado pela assinatura mediante chancela mecânica identificadora da emitente, por seus representantes legais.

III - A Circulação e a Utilização Certificado

É certo que quando o certificado for emitido em garantia do cumprimento de obrigação de pagar assumida em contrato de mútuo, este deverá conter cláusula pela qual o certificado só poderá circular após verificado o inadimplemento da emitente, sob pena desta manter-se obrigada ao pagamento do mútuo e, ao mesmo tempo, ver-se cumulativamente obrigada ao fornecimento da mercadoria ou serviços contra a apresentação do certificado pelo portador legitimado.

A circulação do certificado anteriormente à época dos vencimentos ajustados no contrato de mútuo só será possível mediante a liberação da emitente mutuária, da obrigação de pagar os valores correspondentes no referido contrato, em virtude da antecipação das prestações havidas pelo mutuante a partir do *"desconto"* dos certificados junto ao novo titular. Caso contrário, estar-se-ia diante da hipótese de enriquecimento ilícito do mutuante, que além de manter a emitente mutuária obrigada ao pagamento de mútuo, estaria tirando proveito da negociação dos certificados junto ao novo titular.

Quando os certificados forem emitidos em decorrência da venda antecipada de mercadorias ou serviços, desde que a emitente tenha condições materiais de atendimento à demanda do volume de mercadorias ou serviços neles representados, não haverá impedimento à circulação imediatamente subsequente ao recebimento dos mesmos pelo respectivo tomador comprador.

IV - Não Incidência das Restrições de Crédito ao Setor Público sobre as Operações Garantidas pelo Certificado - Res. 2008/93

O Conselho Monetário Nacional, por meio da Resolução nº 2.008, de julho de 1993, editada pelo Banco Central, resolveu manter limitadas aos saldos existentes em 31 de dezembro de 1989, corrigidas de acordo com os créditos ali fixados, as operações de *empréstimos e financiamentos de títulos descontados, adiantamentos (exceto os de câmbio), arrendamento mercantil e garantias de qualquer natureza* realizadas pelas instituições financeiras e sociedade de arrendamento mercantil com as empresas públicas, sociedade de economia mista, suas subsidiárias e demais empresas controladas, direta ou indiretamente, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, entre outros órgãos ou entidades desses Poderes.

A Resolução nº 2.008/93 admitiu, tão somente, a renovação, nos respectivos vencimento, até o limite de 80% (oitenta por cento), das parcelas de principal de operações com os referidos órgãos ou entidades, corrigidas pelos índices contratuais quando se tratassem de operações a taxas pós-fixadas ou ajustadas pela Taxa Referencial-TR quando fossem operações a taxas pré-fixadas.

Estão excluídas da limitação aos saldos existentes em 31 de dezembro de 1989, apenas as seguintes *operações de crédito*, abaixo transcritas para maior facilidade de interpretação:

- (i) *garantidas formal e exclusivamente por duplicatas de venda mercantil ou de prestação de serviços, de emissão da própria beneficiária do crédito, e desde que o valor das garantias se mantenha igual ou superior ao do saldo devedor ao longo de todo o prazo da operação;*
- (ii) *de fiança bancária que tenham como contragarantia, formalmente constituída em contrato, duplicatas de venda mercantil ou de prestação de serviços, de emissão da própria beneficiária, em valor que se mantenha igual ou superior ao saldo devedor da operação principal, ao longo de todo o prazo da operação;*
- (iii) *de amparo à exportação;*
- (iv) *vinculadas a acordos externos firmados junto a organismos internacionais ou agências governamentais, desde que autorizadas pelo órgão competente do Governo Federal;*
- (v) *de financiamento à importação, inclusive as respectivas garantias, enquanto lastreadas em recursos externos;*
- (vi) *realizadas pelo Banco do Brasil S.A., na qualidade de Agente Financeiro do Tesouro Nacional;*
- (vii) *realizadas com recursos dos Fundos de Água e Esgotos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*
- (viii) *realizadas entre instituições financeiras e/ou sociedades de arrendamento mercantil, exceto aquisição de direitos creditórios;*

(ix) *de antecipação de receitas orçamentárias, realizadas pelos Estados, Municípios e Distrito Federal.*

Viu-se, pois, que as *operações de crédito* garantidas *formal e exclusivamente* por duplicatas de venda mercantil ou de prestação de serviços, de emissão da própria beneficiária do crédito, não estão sujeitas aos limites dos saldos de 31.12.89, desde que o valor das garantias constituídas sobre duplicatas seja pelo menos equivalentes ao do saldo devedor no decorrer de todo o prazo da operação.

Grande parte das operações excluídas da limitação, como pode ser observado, estão fundadas em negócios comerciais de venda mercantil ou de prestação de serviços e de fomento ao comércio exterior. Observe-se que a Resolução nº 2.008/93 só se aplica a *operações de crédito* contratadas pelas instituições financeiras com a entidade pública sob a forma de *empréstimos e financiamentos, títulos descontados, adiantamentos (exceto os de câmbio), arrendamento mercantil e garantias de qualquer natureza*.

Com efeito, se a operação for estruturada sob a forma de mútuo, com a previsão de obrigação de pagar da concessionária de serviço ou empresa do setor público, assumirá a natureza de operação de crédito, condicionada aos termos da Resolução nº 2008/93, quer sob o modelo de empréstimo ou adiantamento sujeito à devolução ao mutuante pela própria concessionária, quer sob a forma de desconto de título, face à possibilidade do exercício do direito de regresso que lhe é inerente.

Em quaisquer dessas hipóteses, não se terá como fugir à emissão de duplicatas para a necessária garantia exigida pela Resolução nº 2.008/93 em operações de créditos, assim entendidas, na sua acepção jurídica, aquelas ajustadas em contrato pelos quais uma parte concede à outra a propriedade de uma soma em dinheiro ou de coisas fungíveis, *com obrigação de restituição do equivalente, a termo diferido e mediante retribuição*.

Por outro lado, se a operação for estruturada sem a obrigação de pagar da concessionária de serviço ou empresa do setor público, ou seja, mediante a venda dos certificados, não há que se falar em aplicação da Resolução nº 2008/93 nem na necessidade de emissão de duplicatas para os efeitos desta, vez que se estará diante de simples venda antecipada de mercadoria ou serviço, sem a assunção de obrigação pecuniária pela concessionária de serviço ou empresa do setor público.

V - Conclusões

Por todo o exposto, entendemos pela viabilidade jurídica da emissão de certificados representativos do direito ao fornecimento de mercadorias ou serviços, inclusive pelas concessionárias de serviço ou empresas do setor público, sob as características dos títulos de legitimação, face às considerações enunciadas a seguir:

- (a) o direito ao fornecimento de mercadorias ou serviços constitui um valor patrimonial que pode ser materializado num título transmissível por simples tradição, como as coisas móveis;

(b) a fonte do direito ao fornecimento da mercadoria ou serviço é a declaração unilateral de vontade expressa no certificado, com força vinculativa e constitutiva de obrigações, em virtude das exigências das relações de troca próprias do comércio;

(c) a proibição do artigo 1.511 do Código Civil, segundo o qual "*é nulo o título em que o signatário, ou emissor, se obrigue, sem autorização de lei federal, a pagar ao portador quantia certa em dinheiro*", restringe-se à emissão em série de títulos representativos de obrigações pecuniárias para oferta ao mercado;

(d) os títulos de legitimação não contêm uma dívida, mas dão ao portador o direito de reclamar determinado bem ou serviço, utilizando-o exclusivamente para o pagamento desse bem ou serviço;

(e) a validade das declarações de vontade não dependem de forma especial senão quando a lei expressamente a exige;

(f) os certificados emitidos em garantia de pagamentos nos contratos de mútuo só poderão circular após o vencimento das obrigações de pagar assumidas no mútuo, salvo desoneração da emitente;

(g) o oferecimento de certificados em garantia de pagamentos nos contratos de mútuo, com a preservação da obrigação pecuniária da concessionária do serviço público, não afastará a necessidade de constituição de garantia sobre duplicatas de venda mercantil ou de prestação de serviços, de emissões da própria beneficiária do crédito, nos termos da Resolução nº 2.008/93.

A INFLAÇÃO LEGISLATIVA E A CRISE DO ESTADO NO BRASIL

José Eduardo Faria *

Ao modificar profundamente os modos de organização do trabalho e da produção, as transformações tecnológicas em curso nas economias industrializadas causaram um enorme impacto no âmbito do direito positivo, comprometendo a efectividade de alguns de seus principais institutos, como é o caso da legislação social e trabalhista. Ente nós, o Estado, diante da crescente inefetividade dessa legislação, vem reagindo por meio da edição de sucessivas normas de comportamento, normas de organização e normas programáticas que, inter cruzando-se continuamente, produzem inúmeros micro-sistemas legais e distintas cadeias normativas.

Por causa dessas modificações no âmbito de nosso ordenamento jurídico, a tradicional concepção do direito como um sistema fechado, hierárquico e axiomatizado está sendo substituída pela visão do direito como uma organização de regras sob a forma de "rede", dadas as múltiplas cadeias normativas, com suas inter-relações basilares aptas a capturar, pragmaticamente, a complexidade da realidade sócio-econômica. Enquanto a concepção tradicional faz da completude, da coerência formal e da logicidade interna os corolários básicos da ordem jurídica, o sistema normativo sob a forma de "rede" se destaca pela multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de suas fontes e pela provisoriade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingenciais.

Fruto de uma sociedade crescentemente diferenciada, fragmentada e conflitiva e de um Estado obrigado a desempenhar tarefas múltiplas e por vezes até

* Professor do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Universidade de São Paulo, pesquisador do Centro de Estudos Direito e Sociedade e autor de *Justiça e Conflito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, *Direito na democratização brasileira*, São Paulo, Malheiros, 1993, e *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, São Paulo, Malheiros, 1994.

mesmo contraditórias, esse sistema normativo emergente cresce e se consolida a partir de uma tensa e intrincada pluralidade de pretensões materiais. A clássica distinção entre interesses privados comuns e coletivos, por exemplo, não é mais capaz de ocultar que, muitas vezes, a tutela legal de alguns é conflitante com a proteção de outros. Na medida em que esse sistema parece ter um potencial ilimitado do crescimento, comportando um aumento incessante de novas regras e de novas matérias de regulação, a tendência é de esvaziamento da própria função das leis e a extraordinária ampliação, para a magistratura, das possibilidades de argumentação e fundamentação de suas sentenças — o que evidentemente vai acarretar a possibilidade de decisões divergentes entre si.

Esta é, justamente, a questão a ser agora examinada: num sistema jurídico "inflacionado" por "leis de circunstância" e "regulamentos de necessidade" condicionados por conjunturas específicas e transitórias, a velocidade e a intensidade na produção de normas constitucionais, leis ordinárias, portarias, instruções normativas e decretos leva o Estado a perder a dimensão exata do valor jurídico tanto das regras quanto dos atos que disciplina. Por esse motivo, uma legislação marcada pela inflação e pela variabilidade de suas normas acaba sendo passível de um contínuo trabalho interpretativo — interpretação aqui entendida como um ato hermenêutico que não se resume à "descoberta da vontade da lei" (conforme as doutrinas jurídicas de caráter "idealista", que pressupunham ingenuamente uma verdade própria nas normas a serem interpretadas); implicando um processo de comunicação e uma crítica ideológica a regras editadas no passado, toda interpretação acaba sendo um ato "novo" que possibilita, no presente, uma espécie de "reconstrução" da realidade¹.

Uma vez que essa legislação se caracteriza pelo inter-cruzamento disfuncional de suas regras, rompendo com a univocidade, a homogeneidade e a organicidade do sistema jurídico em vigor, e pela "textura aberta" de suas normas, incisos e parágrafos, em face do uso abusivo de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, ela costuma propiciar as mais variadas "leituras" — o que termina por favorecer, no momento de sua aplicação e na dinâmica das interpretações, a "instrumentalização" do acatamento da legislação vigente pelos agentes produtivos. Como decorrência dessa instrumentalização, dada a tendência de cada agente produtivo a interpretar "seletivamente" as regras de uma legislação com essas características segundo seus interesses específicos, a tradicional idéia de unicidade do ordenamento jurídico acaba sendo posta em questão pela existência, de fato, de uma estrutura legal policêntrica; uma estrutura que se destaca pela convivência nem sempre harmônica ou sincrônica de infinitos micro-sistemas normativos dotados de lógica própria, dificilmente ajustáveis às pretensões de coerência e completude do macro-sistema escalonado e piramidal tão presente nas ideologias jurídicas de caráter normativista e formalista.

¹ Ver Paul Ricœur, *Interpretação e Ideologias*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1977, e *Time and Narrative*, Chicago, University of Chicago Press, 1988. Ver também, José Reinaldo de Lima, *Direito e Mudança Social*, São Paulo, USP, tese de doutoramento, 1991; Natalino Irti, "La proposta della neo-esegi", in *Giustizia Civile*, 1982; Enrique Zuleta Puceiro, *Aspectos actuales de la teoría de la interpretación*, Valparaíso, Edeval, 1980; os anais do XIV Congresso Nacional da *Associazione Nazionale Magistrati*, realizado em Trieste, em 1970, e o relatório do encontro de 1972, *Atti della Magistratura: la società nel nostro tempo*. Ver ainda, Tullio Ascarelli, "Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione", in *Revista di Diritto Processuale*, 1973, ano XII, n. 3; e G. Tarello, "Il problema dell'interpretazione: una formulazione ambigua" in *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1966.

Condicionado por dois princípios conflitantes, o da legalidade e da eficiência, o Estado passa a agir de modo paradoxal, gerando em nome do combate à inflação econômica, uma corrosiva inflação jurídica². Este tipo de inflação se traduz pelo crescimento desenfreado do número de normas, códigos e leis, de tal modo que a excessiva acumulação desses textos legais torna praticamente impossível sua aplicação efetiva ocasionando, por consequência, a "desvalorização" progressiva do direito positivo e o impedimento de exercer satisfatoriamente suas funções controladoras e reguladoras. No limite, esse processo pode levar à própria anulação do sistema jurídico, uma vez que, quando os direitos se multiplicam, multiplicam-se na mesma proporção as obrigações; e estas, ao multiplicarem os créditos, multiplicam igualmente os devedores, num círculo vicioso cuja continuidade culminaria na absurda situação de existirem apenas devedores, todos sem direito algum. Esse é o potencial corrosivo da inflação jurídica — o risco da própria morte do direito

Ao provocar a desvalorização do instrumental normativo que o Estado tem ao seu dispor, a inflacionada legislação descrita nos dois últimos parágrafos tem sido um dos principais fatores responsáveis tanto pelo agravamento das tensões entre a estrutura do processo de negociações coletivas e o conflito distributivo aguçado pela crise econômica, quanto pelo crescente grau de inefetividade do poder de regulação, direção e intervenção do Estado nessa matéria. No primeiro caso, essas tensões são exponenciadas pelo fato de que, apesar dos esforços para ver suas demandas consagradas como direitos e convertidas em obrigações do Estado, os sindicatos, os movimentos comunitários, as entidades representativas, as associações religiosas e as corporações muitas vezes vêem suas conquistas formalmente consagradas em textos legais reduzidas a pó, ou seja, esvaziadas por um sistema jurídico que, de tanto ter ampliado seu número de normas torna-se pesado, ineficaz e impotente. No segundo caso, quanto mais procura disciplinar e regular todos os espaços, dimensões e temporalidade do sistema econômico, convertendo numa intrincada teia regulatória e numa complexa rede de micro-sistemas normativos esse ordenamento jurídico altamente "inflacionado" (em termos de quantidade de regras e da variabilidade de suas formas) e dotado de um formalismo meramente de "fachada" (graças ao crescente recurso do legislador aos conceitos jurídicos indeterminados, às normas programáticas e às cláusulas gerais), menos o Estado parece capaz de expandir seu raio de ação e de mobilizar os instrumentos de que formalmente dispõe para exigir respeito a suas ordens.

² A inflação jurídica é um processo qualitativamente diferente do fenômeno da expansão legislativa, que é o resultado natural da crescente complexidade social; ela se traduz pelo crescimento desenfreado do número de regras jurídicas; a acumulação excessiva dessas regras torna sua aplicação efetiva praticamente impossível, ocasionando, por consequência, a crescente "desvalorização" do direito positivo e o impedimento de exercer satisfatoriamente suas funções controladoras e reguladoras. Ver, nesse sentido, René Savatier, "L'inflation législative et l'indigestion du corps social", in *Chronique*, Paris, Dalloz, 1977, n° V; Jean Carbonnier, "L'inflation de lois", in *Essays sur les lois*, Paris, Repertoire du Nottariat Déférénois, 1979, pp. 271 e sgs., e "Efectivité et ineffectivité de règle de droit", in *Flexible Droit*, Paris, LGDJ, 1969; Danielle Loschak, "Le principe de légalité: mythes et mystifications", in *AJDA*, Paris, 1981, n° 9; Nicolas Nitsch, "L'inflation juridique et ses conséquences", in *Archives de Philosophie de Droit*, Paris, Sirey, 1982, n° 27; Charlie Albert Morand, "I problemi dell'inflazione normativa: il punto de vista di un osservatore svizzero", in *Il foro italiano*, 1987; Céline Wiener, "L'inflation juridique et ses conséquences", in *Les déreglementations*, Paris, Institut Français des Sciences Administratives, 1988, e Celso Campilongo, "Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico" in *Direito Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, José Eduardo Faria org., São Paulo, Malheiros, 1994., pp. 30-51.

Essa realidade ambígua entre o enorme poder formal e a fraqueza real do Estado traduz o agravamento de sua inaptidão estrutural com relação a fatos sociais complexos, que exigem do setor público a instrumentalização de um número cada vez maior de mecanismos de decisão e controle para assegurar o cumprimento de suas funções potencialmente contraditórias de reprodução e legitimação. E aponta, também, o esgotamento de "incrementalismo jurídico", isto é, da utilização do direito como simples instrumento de implementação de programas econômicos e execução de políticas públicas. Convergindo assim para uma crise generalizada do intervencionismo estatal, esses três problemas convergentes configuram o que Teubner, numa sofisticada teorização sobre os Estados intervencionistas e seus limites jurídico-estruturais, chama de trilema regulatório — um tríptico dilema formado (a) pela progressiva "indiferença" recíproca entre o direito e a sociedade, (b) pela tentativa de "colonização da sociedade por parte das leis e (c) pela crescente "desagregação" do direito por parte da sociedade³.

O primeiro dilema decorre do fato de que, por causa do alto grau de diferenciação estrutural e funcional das sociedades contemporâneas, cada sub-sistema social tenderia a respeitar basicamente as regras forjadas em seu interior e a desprezar as normas jurídicas emanadas do poder central do Estado. Ou seja: quanto mais complexos são os sistemas, menor seria a autoridade institucional do Estado em termos de controle direto das inúmeras interações entre indivíduos, grupos, classes e coletividades. Já o segundo dilema decorre do fato de que, por causa de sua dimensão cada vez mais teleológica e de sua natureza altamente especializada, o direito positivo tenderia a tratar com categorias excessivamente "particularizantes" as relações sociais básicas, destruindo sua autenticidade e minando sua identidade. Ou seja: quanto mais esse direito positivo substitui suas tradicionais normas abstratas, genéricas e impessoais por normas técnicas e específicas, mais ele comprometeria as relações vitais da assim chamada Lebenswelt — que constituem a espinha dorsal de uma dada sociedade. Por fim, o terceiro dilema advém do fato de que, por causa da alta mobilidade social e das profundas mudanças ocorridas nos sistemas político-administrativo e sócio-econômico, um direito positivo de caráter cada vez mais "finalístico" acabaria sempre enfrentando problemas de racionalidade sistêmica. Ou seja: quando mais esse direito positivo multiplica suas normas e leis específicas para intervir "tecnicamente" na dinâmica de uma sociedade heterogênea e complexa, menor seria sua coerência interna e sua organicidade, o que revelaria, com o tempo, sua progressiva incapacidade de dar conta das tensões e dos conflitos sociais a partir de um conjunto minimamente articulado de "premissas decisórias".

³ Cf. Gunther Teubner, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", in *Law and Society Review*, 1983, v. 17; "After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law", in *International Journal of the Sociology of Law*, 1984, v. 12; "The regulatory trilemma" in *Quaderni Fiorentini*, 1984, v. 13; "Corporate responsibility as a problem of company constitution", in *EUT Working Paper*, European University Institute, 1985; "Social order from legislative noise?, in *State, Law and Economy as autopoietic systems: relation and autonomy in a new perspective*, Berlin, Walter de Gruyter, 1987; "How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law", in *Law and Society Review*, 1989, v. 23; e "And God laughed: indeterminacy, self-reference and paradox in law", in *Critical legal thought: an American-German Debate*, David Trubek e Christian Joerges orgs., Baden-Baden, Nomos, 1989. Para uma apreciação crítica da obra de Teubner, ver Erhard Blankenburg, "The poverty of evolutionism: a critique of Teubner's thesis on Reflexive Law", in *Conference on Reflexive Law*, Madison, University of Wisconsin, 1983.

Decorre daí, em face da crise estrutural do Estado intervencionista e de seu instrumental jurídico, a necessidade de uma racionalidade legal nova e capaz de dar conta do componente corporativista que vai caracterizando seu processo decisório; uma racionalidade forjada a partir da consciência, tanto dos legisladores quanto dos próprios líderes empresariais e trabalhadores, de que as formas de relações sociais condicionadas pela interconexão entre as grandes organizações exigem do Estado uma série de papéis originais de intermediação, que somente podem ser exercidas com a colaboração delas. Portanto, uma racionalidade responsável por uma legislação mais pragmática, apta a renunciar à regulação exaustiva dos processos sociais, voltando-se menos à consecução dos resultados concretos (mediante a regulação "padronizadora" e "tipificadora" dos comportamentos individuais) e mais à coordenação das diferentes formas de legalidade forjadas e desenvolvidas no interior dos vários sub-sistemas sociais.

Não é por acaso, como afirma um arguto observador do cenário trabalhista brasileiro, que a recessão econômica, a liberalização comercial e as transformações do paradigma de produção acabaram estimulando a progressiva substituição dos tradicionais antagonismos ideológicos por negociações sobre tecnologia, produtividade e automação entre determinados setores empresariais e sindicais. Se nos anos 80 a postura do movimento sindical era de confronto, "*hoje, apesar das dificuldades políticas (...), dificilmente suas lideranças deixam de ser consultadas sobre os grandes temas nacionais; na situação atual, a atitude dessas lideranças tem sido mais negocial e menos militante. Não tem havido invasões de fábricas ou movimentos grevistas barulhentos. Sem abandonar a militância — que é, de fato, o principal ativo do movimento — o sindicalismo brasileiro se torna mais profissional. Não só o staff técnico tem crescido e se tornado mais sofisticado, mas as novas lideranças são muito bem treinadas em técnicas de negociação*"⁴.

Também decorre daí, nesse contexto de "inter-legalidades" geradas pelos diferentes poderes, procedimentos e valores dos grandes conglomerados, das entidades sindicais, das corporações profissionais e dos grupos de interesse, a exigência de novas condições operacionais para o funcionamento de um direito inteiramente reformulado da sua concepção e nos seus procedimentos; um direito cujas regras, à semelhança das normas e quase-normas utilizadas pelo Direito Internacional para lançar as bases de coexistência e cooperação entre as nações, sejam capazes de servir como técnicas de gestão e neutralização das tensões, incertezas, contingências e indeterminações sempre presentes em todo processo social, econômico e político; um direito em condições de promover o engate ou acoplamento estrutural ("structural coupling" da pluralidade de sistemas jurídicos diferenciados e de seus respectivos "espaços sócio-legais", com seu impacto social, cultural e institucional altamente diversificado em termos setoriais, locais, regionais e nacionais; em suma, um direito preparado para assegurar o equilíbrio inter-organizacional, garantindo um mínimo de governabilidade por parte do Executivo e neutralizando a natural propensão dos grupos situados nos setores estratégicos da economia e da política de agirem de maneira imperialista e colonizante sobre as demais

⁴ Cf. Edward J. Amadeo, "Mercado de trabalho, relações industriais e competitividade". op. cit., p. 94. Segundo o autor, a consolidação dessa postura mais pragmática e negocial do movimento sindical ainda está na dependência dos confrontos internos de suas diferentes facções. "O que se tem observado são, de fato, mudanças nesta direção, tanto com o crescimento da Força Sindical quanto com a liderança política da Articulação no interior da CUT" - conclui ele. Ver também, Amaury de Souza e Helio Zylberstajn, "Structural adjustment and the labor market in Brazil", op. cit., pp. 10-16., Leônico Martins Rodrigues, *Cut: os militantes e a ideologia*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1990.

— o que comprometeria o equilíbrio "ecológico" do sistema social globalmente considerado⁵. Decorre daí, por fim, a necessidade de se repensar doutrinariamente o direito positivo a partir de paradigmas originais e sensíveis tanto à tendência das organizações à autonomia e à independência, na proporção direta de sua capacidade de mobilização, confronto e barganha⁶, quanto à emergência dos novos institutos jurídicos especialmente voltados aos setores sociais marginalizados — aqueles que não têm condições de se integrar no processo de "modernização" econômica liderado por essas "organizações complexas".

Esse novo tipo de racionalidade jurídica e essa nova forma de se repensar o direito justificam, no Brasil contemporâneo, em face da já mencionada ruptura da tradicional concepção "piramidal" do nosso sistema jurídico — um sistema que, tradicionalmente, tem sido apresentado como uma totalidade coerente, como uma ordem unitária que exclui a contradição e a descontinuidade, como um conjunto de normas hierarquizadas e solidárias, vinculadas por meio de relações lógicas e necessárias. Alguns dos textos legais hoje em vigor, (como a Lei das Execuções Penais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, etc.) já foram especificamente editados sem ter por objetivo a consecução de certos postulados básicos do positivismo normativista de inspiração liberal clássica, como é o caso do princípio da certeza jurídica; entre outros motivos porque foram concebidos a partir de uma perspectiva eminentemente "social", ou seja, como prerrogativas dos segmentos mais desfavorecidos, sob a forma normativa de determinadas obrigações do Executivo (uma vez que, para produzir resultados materiais, esses códigos implicam um intervenção ativa e continuada por parte dos poderes públicos).

Uma das principais características dos direitos consagrados e assegurados por esses textos legais de "natureza social" está no fato de que, forçados numa linha oposta ao paradigma Kantiano de uma justiça universal, foram formulados dirigindo-se menos aos indivíduos tomados isoladamente como cidadãos livres e anônimos e mais na perspectiva dos grupos, comunidades, corporações e classes a que pertencem. Elaborados historicamente a partir da discussão e reformulação dos conceitos jurídicos e categorias normativas surgidos nas áreas do direito do trabalho, dos acidentes do trabalho e da seguridade social (especialmente no âmbito da responsabilidade civil), para depois se estenderem a outros ramos do direito moderno (como a direito ambiental, o direito das obrigações, o direito do consumidor e até mesmo o direito administrativo), os direitos sociais agregam ao Estado de Direito um considerável aumento de complexidade; enquanto o sistema legal de garantias liberais era altamente seletivo e impermeável a conteúdos materiais, o modelo jurídico de caráter social do Estado

⁵ Ver nesse sentido, Vitorino Oligati, *Positive Law and Socio-legal Orders an operacional coupling for Sociology of Law*, Oñati, International Institute for Sociology of Law, 1991; Celso Campilongo, *Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política*, São Paulo, USP, tese de doutoramento, 1992, e *Direito e democracia: a regra da maioria como critério de legitimação política*, São Paulo, USP, tese de mestrado, 1990; V. Gessner, "Conflicts of culture in cross-border legal relations" in *Theory, Culture and Society*, Volkmar Gessner at alii, London, Sage, 1990; G. Rocher, "Pour une sociologie des ordres juridiques", in *Les Cahiers de Droit*, Paris, 1988, n° 29; e Helmut Willke, "Diriger la société par le droit?" in *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1986, n° 31.

⁶ Cf. Celso Campilongo, "Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico", in *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, op.cit. p. 47.

Providência é compensatório dos déficits e desvantagens que o próprio ordenamento provoca; os direitos sociais lidam, assim, com uma seletividade inclusa.⁷

Ao contrário da maioria dos direitos individuais e dos direitos fundamentais desenvolvidos com base no positivismo normativista, cuja eficácia exige apenas que o Estado jamais permita sua violação, os "direitos sociais" não podem simplesmente ser "atribuídos" aos cidadãos; eles requerem do Estado um amplo e complexo rol de programas de ação e de políticas públicas dirigidas a segmentos específicos da sociedade — políticas essas cujo objetivo é fundamentar esses direitos a atender às expectativas por eles geradas com sua positividade. Os novos códigos baseados nessa perspectiva "social" não se limitam, dessa maneira, a estabelecer e/ou delegar competências, a fixar obrigações e/ou enunciar princípios — função tradicional dos institutos jurídicos do Estado liberal clássico. Oriundos de fontes materiais diversas, muitas vezes conflitantes entre si, e editados em tempos distintos, tutelando interesses que nem sempre são combináveis e conciliáveis, esses códigos se destacam por exigir tratamentos diferenciados em favor de determinados segmentos sociais, suscitando problemas inéditos para os operadores do direito. No caso específico da magistratura, por exemplo, ela se vê desafiada a adotar posturas incompatíveis com o rigor formalista: uma vez devidamente acionada pelos beneficiários dos direitos adquiridos, como exigir do Executivo a implementação de determinados programas de ação e a execução de certas políticas públicas sem ultrapassar os limites tradicionais do primado do equilíbrio de poderes autônomos, soberanos e independentes? Como se vê a partir desta indagação, o advento dos direitos sociais acaba corroendo postulados básicos do constitucionalismo moderno, na medida em que põe em questão a própria concepção de Estado por ele forjada ao minar o primado do "universalismo jurídico" inerente aos sistemas normativos tradicionais. Se as leis tradicionais tinham por finalidade básica definir as "regras do jogo", as leis de caráter "social" são especialmente concebidas para modificar os resultados desse jogo, alterando implicitamente suas regras.

Enquanto direitos cuja efetividade substantiva ou natural pressupõe a substituição da "repressão" pela "promoção" e da sanção penal ou punitiva pela sanção "recompensadora" ou premial, os "direitos sociais" não configuram, portanto, um direito de igualdade, baseado em regras de julgamento que implicam um tratamento formalmente uniforme. Eles são, isto sim, um direito das preferências e das desigualdades, ou seja, um direito discriminatório com propósitos compensatórios; um

⁷ Cf. François Ewald, "A concept of Social Law", in *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Gunther Teubner org., cit., pp. 40-75, e Justice, Equality, Judgement: on "Social Justice", in *Juridification of Social Spheres*, op. cit., pp. 91-110. É importante lembrar que esta concepção de direito social é distinta daquela desenvolvida por Georges Gurvitch, um dos clássicos nesta matéria. Para ele, o direito social é um direito da sociedade frente ao Estado, formado a partir das diferentes esferas de atuação dos indivíduos, a cada uma das quais correspondia um modo de associação funcional deixado livre de que pudessem perseguir seus objetivos (ver G. Gurvitch, *L'idée de droit social*, Paris, Sirey, 1932) e *Le temp présent et l'idée du Droit Social*, Paris, J. Vrin, 1932. Para Ewald, o direito social é um direito do Estado frente à sociedade, com funções de promoção, contra-peso, indenização reparatória, suprimento de necessidades mínimas, etc; isto significa que esse tipo de direito não é frívolo ou exequível individualmente, dependendo da atuação concreta não só do Judiciário mas, também, do próprio Executivo, para ser eficaz; por contrapor desse modo uma justiça distributiva à justiça comutativa herdeira da dogmática jurídica, o direito social aqui discutido destaca-se por suas inequívocas implicações políticas. Ver, nesse sentido, Thomas Wilhelmson, *Critical Studies in Private Law*, Dordrecht-Boston, Kluwer, 1992, especialmente o cap. 3º ("Goals: new elements in a contract law of the Welfare State", pp. 51-79).

direito descontínuo, pragmático e, por vezes, até mesmo contraditório⁸ cujas práticas judiciais pressupõem a legitimidade processual e o reconhecimento da personalidade jurídica dos grupos, das associações, das corporações, das comunidades e de outras formas de representações coletivas. Como as normas desses "direitos sociais" tendem em muitos casos a ser indeterminadas, destacando-se pela enorme quantidade de conceitos tópicos, vagos, indeterminados e estereotipados⁹, os novos códigos propiciam as mais variadas leituras e os mais variados argumentos — o que termina por gerar resultados paradoxais, por vezes favorecendo, no momento de sua aplicação e na dinâmica das interpretações, a instrumentalização política da legislação pelos grupos em confronto com maior poder de confronto e de articulação.

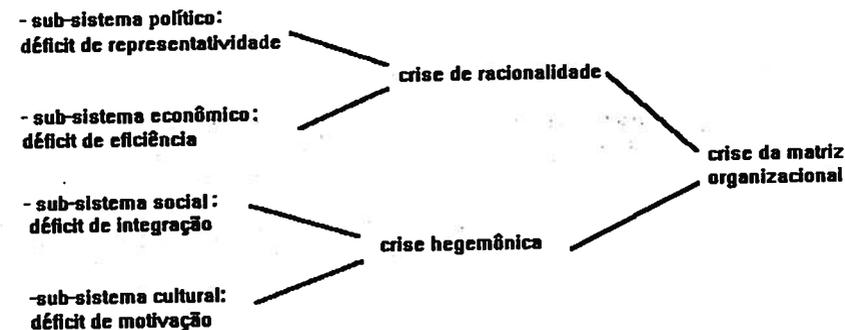
Trata-se, por isso mesmo, de um processo peculiar de expansão jurídica, e até certo ponto revelador do grau de desarticulação organizacional do próprio Estado. Mais uma vez é útil relembrar, nesse sentido, a crise generalizada do Estado brasileiro do ponto de vista de sua legitimidade, de sua capacidade funcional e de sua competência técnica — crise essa que se traduz pela sua flagrante incapacidade de exercer, de modo minimamente congruente, seus papéis de provedor de serviços básicos, promotor de novas relações sociais, planejador de atividades econômicas, produtor de bens estratégicos, prestador de serviços essenciais e executor de políticas sociais e programas de ajuste macroeconômicos. A título de ilustração, entre março de 1979, quando o governo então recém empossado alterou o valor da moeda e dos salários, pré-fixando a correção monetária, desvalorizando o câmbio, controlando as taxas de juros e aumentando os níveis de indexação salarial, e fevereiro de 1990, quando o governo então em final de mandato estava às voltas com uma inflação mensal em torno de 100%, o país foi objeto de oito planos pragmáticos, ortodoxos e heterodoxos de estabilização, quatro

⁸ Os "conceitos jurídicos indeterminados" são expressões propositalmente vagas utilizadas pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida; graças a esses conceitos, o intérprete pode adequar a legislação às condições sócio-econômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei. Cf. Klaus Gunther, *The pragmatic and functional indeterminacy of law*, mimeo, 1990; Chaim Perelman, "L'usage et l'abus des notions confuses", in *Logique et Analyses*, 1978, p. 1-17; E. Mackaay, "Les notions floues en droit et l'économie de l'imprécision", in *Languages*, 1979; e Fernando Sainz Moreno, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976. Ver também, Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, Madrid, Tecnos, 1964; Luis Alberto Warat, *El derecho y su lenguaje*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976; e François Ost e Michel Van de Kerchove, "Le jeu de l'imprécision", en droit: contribution à l'étude de la clôture du langage juridique", *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, Sirey, 1982, t. 27.

⁹ Esses indicadores revelam que os ricos, no Brasil, estariam mais favoravelmente posicionados na escala internacional do que os pobres do país: a renda média da região Nordeste, por exemplo, no valor de US\$ 396, é inferior à média estimada para os pobres do mundo (US\$ 500). Cf. Renato Baumann, "O Estado: salva-vidas na Índia, garantia de bem-estar na Bélgica ou motor de crescimento na Belíndia?", in *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, IPEA/IPLAN, 1993, n° 9, pp. 220-221. Para uma análise do impacto desse cenário sobre as instituições jurídicas ver meus trabalhos anteriores, *O Brasil pós-Constituinte*, Rio de Janeiro, Graal, 1989. Ver também, Roberto Albuquerque e Renato Villela, *A situação social do Brasil: um balanço de duas décadas*, Rio de Janeiro, IPEA/IPAN, 1990; Nelson Valle e Silva, "A situação social no fim da década perdida", in *Cadernos de Conjuntura*, Rio de Janeiro, IUPERJ, 1991, n° 44; Ricardo Paes de Barros e José Márcio Camargo, "As causas da pobreza no Brasil: porca miséria", in *Perspectivas da economia brasileira: 1992*, Rio de Janeiro, IPEA/IPLAN, 1991; Roberto Cavalcanti de Albuquerque, *Pobreza e mobilidade social*, e Hamilton C. Tolosa e Sonia Rocha, "Políticas de combate à pobreza: experiências e equívocos", ambos in *Pobreza e mobilidade social*, João Paulo dos Reis Velloso org., São Paulo, Nobel, 1993; e Jane Souto, "O traço da desigualdade social no Brasil", Rio de Janeiro, IBGE, 1993.

moedas distintas, onze diferentes índices de cálculo da inflação, cinco congelamentos de preços, quatorze políticas salariais, dezoito alterações significativas das regras de câmbio, cinquenta e quatro modificações das regras de controle de preços, vinte e uma propostas de negociação da dívida externa e dezenove decretos do Executivo relativos a austeridade fiscal.

Este exemplo traduz a realidade de um sistema político estigmatizado por um profundo déficit de representatividade, gerado pela perversão da proporcionalidade na representação parlamentar no Congresso e pela incapacidade dos partidos de promoverem agregações de interesses; de um sistema econômico conhecido pela sua ineficiência na formulação, implementação e execução de políticas públicas; de um sistema social caracterizado por crescentes déficits de integração, uma vez que a pauperização de amplos contingentes populacionais, o desemprego e a inflação comprometem os padrões de coesão vigentes; e de um sistema cultural marcado por um déficit de motivação, revelado pelo descrédito com relação às instituições, pela descrença com relação a certos valores éticos e pela apatia. Se no passado cada um desses sistemas conseguia compensar com seu bom conhecimento o déficit operacional eventualmente ocorrido nos demais, hoje isso já não é mais possível; pelo contrário, esses sistemas se tornaram disfuncionais, alimentando-se recíproca e continuamente numa sequência que liquida com o equilíbrio dos poderes, sobrepõe as estruturas burocráticas, fragmenta a lógica de ação das instituições, explode a unidade do ordenamento jurídico e compromete o "sentido de identidade coletiva" de toda a sociedade, convergindo para duas novas e enormes crises: a) no plano institucional, uma crise de racionalidade decisória, provocada pela confluência dos déficits de representatividade do sistema político e de eficiência do sistema econômico; e b) no plano sócio-econômico; uma crise de hegemonia, formada pela confluência dos déficits de integração e motivação dos sistemas social e cultural, respectivamente, e expressa pela ausência de projetos políticos de mudança e transformação capazes de obter um mínimo de consenso e apoio entre os diferentes segmentos e setores da sociedade. Com a ocorrência simultânea desses déficits em todas as esferas convergindo para a formação dessas duas grandes e graves crises, o Estado tende a perder seu poder de controle, regulação e pressão e a sociedade a ser envolvida por comportamentos cada vez mais hobbesianos — o que pode levar, como se vê no diagrama abaixo, à ruptura da própria matriz organizacional do país, em face da fusão das crises de racionalidade e de hegemonia numa crise única, global e total.



Diante desse quadro; o Estado brasileiro parece estar chegando ao limite ou esgotamento de seu processo de intervenção fiscalizadora e reguladora na sociedade, na medida em que sua atuação é pautada por diretrizes desordenadas e erráticas, que o impedem de corrigir as graves distorções sociais e setoriais, de assegurar um mínimo de organicidade e coerência lógico-formal em seu ordenamento jurídico e de formular um projeto político para a nação. Como as leis e os códigos são o instrumento por meio do qual o Estado disciplina e regula a sociedade, a fragmentação estatal e social entreaberta pelas crises de racionalidade e de hegemonia acarreta, juntamente com a ruptura da matriz organizacional do país, o crescente esvaziamento dos padrões "oficiais" de legalidade — ou seja, do direito positivo. É certo que o Estado tenta agir, mas se trata de uma intervenção flagrantemente disfuncional e contraditória, no plano técnico, que parece atender de modo favorecido apenas alguns setores minoritários localizados nos segmentos econômicos monopolizados e oligopolizados, porém, como já foi dito, com grande capacidade de mobilização, articulação e confronto. Como mais um exemplo dessa "balcanização" do Estado, por meio da multiplicação dos *loqi* de inserção de interesses privados no sistema de tomada de decisões públicas envolvendo mecanismos de pressão, captação e negociação, basta recordar o importante relatório do Banco Mundial relativo ao ano de 1988, especialmente no capítulo sobre os gastos sociais no Brasil.

Segundo esse documento, existem pelo menos "três diferentes formas de direcionamento equivocado dos recursos do setor social: (a) em setores como educação e saúde, resultando em subsídios relativamente altos para os tipos de programas que não atingirão os pobres e subsídios baixos para os que atingirão; (b) entre setores com subsídios relativamente altos para programas, tais como seguridade e habitação, que em geral atendem prioritariamente à classe média e aos ricos, em comparação com setores, tais como nutrição, que atendem prioritariamente os pobres; (c) entre programas, com fracasso daqueles que se destinam aos grupos mais pobres e necessitados". Por causa dessas distorções, a distribuição dos gastos sociais se dá de maneira flagrantemente pervertida por faixa de renda: 41% da população que vive nos domicílios mais pobres recebem apenas 20% dos gastos sociais do setor público, enquanto 16% da população que habita os domicílios mais ricos absorvem 34% desses mesmos gastos; os gastos sociais *per capita* representariam hoje apenas US\$ 110 por ano para os segmentos mais pobres e US\$ 737 para os segmentos mais ricos. Apesar das transferências de rendas promovidas pelo Estado nestes últimos anos girarem em torno de 18% do PIB, elas não atingem exatamente os grupos e setores sociais que mais precisam delas.

Esses números constituem apenas um indicativo, entre tantos outros, de um perverso cenário de concentração de renda e distribuição desigual de "direitos". Entre 1981 e 1990, os 20% mais ricos conseguiram aumentar sua parte da renda nacional de 16% para 16,4%, os 5% mais ricos passaram de 31,9 para 34,4%, no mesmo período; e o 1% mais rico pulou de 12,1% para 13,9%. Em contrapartida, os 10% mais pobres reduziram sua cota de renda de 1%, em 1983, para 0,8%, em 1990. No começo da atual década, a razão entre a renda dos 20% mais ricos da população e os 20% mais pobres era de 27 vezes — superando até mesmo a razão de 23,6 estimada por um país miserável, como Botswana; nesse mesmo período, os ricos das regiões Centro-Oeste e

Sudeste apresentavam uma renda *per capita* acima de US\$ 20.800, superior à média dos ricos de países altamente desenvolvidos, como Estados Unidos e Japão¹⁰. No que se refere especificamente aos indicadores de trabalho, com exceção do trabalho precoce (proporção de jovens entre 10 e 14 anos de idade que trabalham), todos os demais apresentam no decorrer dos anos 80 uma evolução adversa, em termos das condições econômicas subjacentes. A crescente "informalidade" (percentagem de empregos sem carteira profissional e não cobertos pela seguridade social) está intimamente ligada ao declínio do emprego no setor industrial e à "terceirização" no setor comercial e no de serviços não especializados; e o aumento do sub-emprego e a maior participação das mulheres no total da força de trabalho, como se vê na tabela abaixo, são fatos reveladores de como a queda na renda da imensa maioria de trabalhadores leva à entrada de trabalhadores não qualificados no mercado de trabalho, como forma de se tentar evitar a queda da renda familiar.

Tabela 9

Indicadores referentes ao mercado de trabalho para os pobres e não-pobres nas regiões metropolitanas brasileiras - 1981 e 1990

		(Em %)	
Indicador	Categoria	1981	1990
Trabalho precoce	Total	7	7
	Pobre	8	8
	Não-Pobre	7	7
Trabalho informal	Total	25	28
	Pobre	36	36
	Não-Pobre	23	26
Trabalho informal por conta própria	Total	59	66
	Pobre	75	84
	Não-Pobre	53	61
Subemprego	Total	16	19
	Pobre	18	19
	Não-Pobre	16	19
Desemprego	Total	7	5
	Pobre	16	13
	Não-Pobre	4	3

¹⁰ Cf. Sonia Rocha, "Pobreza no Brasil: parâmetros básicos e resultados empíricos", in *Pesquisa e Planejamento Econômico*, Brasília, IPEA/IPLAN, 1992, vol. 22, nº 3, pp. 541-560.

Taxa de participação	Total	53	55
	Pobre	42	45
	Não-Pobre	57	59
Taxa de participação feminina	Total	35	38
	Pobre	33	35
	Não-Pobre	36	39
Subemprego feminino	Total	29	30
	Pobre	34	29
	Não-Pobre	28	30

Fonte: Sonia Rocha, IPEA, com base em dados primários da PNAD

Todos estes números, retratando a "dívida social" das crises de racionalidade e hegemonia acima mencionadas, ilustram bem as dificuldades de um Estado que, embora procurando apresentar-se como "social", na sua prática decisória acaba negando recursos à execução de políticas públicas a quem delas efetivamente necessita. Cada vez mais saturado em suas funções e papéis formalmente disciplinados por instituições jurídicas ora em total descompasso com a realidade do sistema produtivo, ora ineficazes por carecerem de leis regulamentares ou de investimentos especificamente destinados a viabilizar os "direitos sociais", o Estado pretensamente "providenciário" brasileiro se tem revelado incompetente para dar conta dos novos e complexos conflitos sócio-econômicos — e, por consequência, para assegurar as condições mínimas de sociabilidade no país. Vitimado pelas suas próprias contradições organizacionais, estigmatizado por graus progressivos de ilegitimidade e atingindo por uma profunda crise fiscal, esse Estado vê agravada sua "ingovernabilidade" ao perder sua capacidade de tomar oportunamente, em termos políticos, e de modo eficaz, em termos técnicos, decisões frente aos diferentes antagonismos sociais.

Decorre daí a necessidade de se repensar não apenas o papel dos operadores do direito em seus diferentes níveis, mas o da própria organização judicial e da respectiva cultura técnico-profissional de seu corpo de magistrados. Também decorre daí a necessidade de se tratar com profundidade o desafio da reordenação institucional do país, a fim de se evitar que, em nome da "restauração" da governabilidade, seja sutilmente promovida a "desmontagem" de importantes direitos sociais duramente conquistados pelos movimentos trabalhistas após décadas e décadas de luta. Decorre daí, por fim, a necessidade de se verificar que, quando hoje se enfatiza a "descentralização", a "desformalização" e a "flexibilização" do sistema jurídico, nem sempre se fala em redimensioná-lo, com o objetivo de obrigá-lo a cumprir suas funções básicas em termos de uma justiça efetivamente substantiva e distributiva; o que se tem constatado, na prática, é outra coisa: a sutil defesa de um processo de "deslegalização" com a finalidade de desmobilizar as prerrogativas e garantias adquiridas em lutas legislativas, em sentenças judiciais, em acordos coletivos e na própria jurisprudência firmada pelos Tribunais.

DO LICENCIAMENTO NA POLÍTICA AMBIENTAL BRASILEIRA E NA PROTEÇÃO PENAL AO MEIO AMBIENTE*

José H. Fischel de Andrade**

SUMÁRIO: I) Observações Preliminares. II) O Licenciamento na Política Ambiental Brasileira. III) O Licenciamento na Proteção Penal ao Meio Ambiente. IV) Implementação do Licenciamento. V) Considerações Finais.

I) Observações Preliminares

A legislação brasileira pertinente ao meio ambiente tem aumentado consideravelmente nas últimas duas décadas. Para tal tendência teve importante papel a Conferência da Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, realizada em 1972, em Estocolmo¹.

A internacionalização da proteção ao meio ambiente elevou a discussão desta ao foro internacional, retirando o caráter de assunto referente à jurisdição doméstica exclusiva dos Estados. Este processo fez com que houvesse uma interação maior quanto à

¹Trabalho apresentado, em forma de Seminário, aos 21.V.92, para a disciplina "Ecologia e Crime", do curso de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

**Bacharel em Direito (Unb, Brasília), Mestre em Direito Internacional (USP, São Paulo)

¹Cf., a respeito desta Conferência e da sua Declaração, o Desafio do Desenvolvimento Sustentável (Relatório do Brasil para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento), Brasília, PR/Imprensa Nacional, 1991, pp. 180-8.

exclusiva dos Estados. Este processo fez com que houvesse uma interação maior quanto à criação legislativa de proteção. Uma comparação das diversas leis nacionais e dos acordos internacionais demonstra que amplo uso foi feito dos modelos comparativos². A Lei Política Nacional do Meio Ambiente dos Estados Unidos, e.g., tem sido um modelo para muitos países, além da Comunidade Européia³ - o que, todavia, não evita dessemelhanças nas várias legislações existentes.

Com efeito, se por um lado há diferenças na redação das legislações internas específicas — o que é natural, haja vista as dissimilaridades existentes no que respeita aos sistemas jurídicos, às condições de desenvolvimento econômico-social e aos recursos naturais de cada Estado —, por outro lado pode-se notar grande semelhança no que pertine aos preceitos arrolados nas diversas constituições hoje em vigor⁴. Deu-se início, pois, à preparação de políticas públicas especiais, as quais têm como escopo a preservação e a proteção do meio ambiente.

Seguiu-se no Brasil a mesma tendência e, aos 31 de agosto de 1991, foi promulgada a Lei 6.938, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente. Seu artigo 9º dispõe sobre os instrumentos dessa Política, dos quais destaca-se o "licenciamento", objeto deste estudo.

Afora a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, há diversas outras que, igualmente, dispõem sobre o licenciamento, o que é feito de forma específica, e não em termos gerais⁵.

Paralela à esta proteção há a penal que, também, vislumbra o instituto do licenciamento.

Isto posto, trata-se-á do licenciamento no que tange à Política Ambiental Brasileira — na qual se insere a Política Nacional do Meio Ambiente — e à Proteção Penal concedida ao meio ambiente. Considerações serão feitas, igualmente, quanto à implementação da legislação ambiental.

Ressalte-se, outrossim, que o termo "licença" não é utilizado, na legislação ambiental, em seu rigor técnico⁶, podendo, ser substituído por "autorização", ou por outras palavras, sem prejuízo de seu significado⁷.

²Cf. Ignaz Seidl-Hohenveldern, "The Role of Comparative Law in the International Protection of the Environment", 1 *Comparative Law Yearbook* (1977), p. 197.

³Cf. Gianaldo Della Rocca, *The Environmental Impact Statement: the European Approach*, World Peace Through Law Centre, 1981, pp. 1 e 3.

⁴Cf. Edith B. Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokio/New York, United Nations University/Trans. Publ., 1989, pp. 289-327 e 329-43, onde são transcritas, respectivamente, as provisões constitucionais relativas aos direitos e deveres ambientais e à proteção da herança cultural de 50 países.

⁵Cf. *inter alia*, o Decreto 97.507/89, que dispõe sobre licenciamento de atividade mineral.

O licenciamento é, antes de mais nada, um instrumento de prevenção da degradação ambiental, do dano⁸, por muito considerados — juntamente com os sistemas de implementação — como o mais importante fator no controle da poluição industrial, especialmente com relação às fontes existentes⁹.

II) O Licenciamento na Política Ambiental Brasileira

No que respeita ao licenciamento, pode-se dizer que os principais instrumentos normativos da Política Ambiental Brasileira são a Lei 6.938/81 e o Decreto 99.274/90 — o qual regulamenta a Lei 6.902/81 e a Lei 6.938/81.

O estabelecimento das normas e critérios para o "licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras", assim como para a "implantação e fiscalização do licenciamento", cabe ao Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). Paire dúvida no que diz respeito a quem compete a proposta das referidas normas e critérios. A Lei 6.938/81 dita ser o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA)¹⁰ e o Decreto 99.274/90 reza ser a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República (SEMAN/PR)¹¹. Há, na realidade, uma "zona cinzenta" no que diz respeito à proteção de normas para a implantação e fiscalização do licenciamento, posto essa prerrogativa estar concedida a dois órgãos. Este assunto, ainda passível de incertezas, pode ser resolvido considerando-se a possibilidade da proposição das referidas normas, concorrentemente, pelos dois órgãos.

Sendo o licenciamento um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente¹², as situações nas quais ele é exigível encontram-se no artigo 10 da Lei 6.938/81 e no artigo 17 do Decreto 99.274/90. Seus textos são idênticos, exceto pela supressão, neste último, do licenciamento concedido em caráter supletivo pelo IBAMA.

Apesar de tal modificação, crê-se que tal fato não descaracteriza a competência de licenciar, que a ele cabe¹³, como órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA)¹⁴.

⁶Cf. Paulo A.L. Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, 3ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1991, p. 164.

⁷Bom exemplo é o "Guia Florestal", que é como se nomeia a licença mencionada na Lei 4.771/65 (Código Florestal), art. 26, h.

⁸Cf. Paulo A.L. Machado, *op. cit.*, nota 6, pp. 112 e 164.

⁹Cf. Roger W. Findley, "Pollution Control in Brazil", 15 (1) *Ecology Law Quarterly* (1988), p. 20.

¹⁰Cf. art. 8º, I e art. 11. A expressão "IBAMA" substitui a "SEMA", de acordo com o art. 3º da Lei 7.804/89.

¹¹Cf. art. 21, *caput*.

¹²Cf. Lei 6.938/81, art. 9º, IV.

Interessante questão foi levantada quanto à constitucionalidade dos preceitos que prevêm ser de competência dos órgãos estaduais os licenciamentos de atividades poluidoras — como, e.g., a Lei 6.083/80, artigo 9º, par. único¹⁵. Com o advento da nova Constituição¹⁶, crê-se que o problema legal não mais encontra respaldo na realidade, posto não ser mais vislumbrada a autonomia antes existente¹⁷. Não obstante, deve ficar claro que o procedimento autorizativo não se esgota no licenciamento concedido por organismo estadual, tanto que "em matéria ambiental a legislação municipal não pode impor menos restrições que as legislações dos Estados e da União, mas usando sua competência, pode determinar mais restrições. Dessa forma, o município não poderá negá-la, mesmo havendo o ato concessório do Estado"¹⁸. O mesmo ocorre com a norma geral federal, que não invade a competência dos estados ao se fazer presente no procedimento de autorização¹⁹.

No que diz respeito às atividades nucleares tem-se que quem exerce o chamado "poder da polícia nuclear" é a Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN). Ditos poderes são advindos da Lei 6.189/74 que, outrossim, estabelece ser a CNEN o órgão incumbido de licenciar as referidas atividades.

O Relatório do Brasil para a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, publicado em 1991, afirma que "as instalações nucleares dependiam da Comissão Nacional de Energia Nuclear — CNEN", e que com a redação introduzida na Lei 7.804/89, passou à competência do IBAMA o licenciamento de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional²⁰. Essa redação conduz à errônea conclusão de que não é mais à CNEN que compete o licenciamento das atividades nucleares, mais sim ao IBAMA. Impressiona não ter o Relatório mencionado o artigo 19, parts. 4º e 5º, do Decreto 99.274/90 — portanto posterior à Lei 7.804/89 —, os quais dispõem, respectivamente que

"o licenciamento dos estabelecimentos destinados a produzir materiais nucleares ou a utilizar a energia nuclear e suas aplicações competirá à Comissão Nacional de Energia Nuclear — CNEN, mediante parecer do IBAMA, ouvidos os órgãos de controle ambiental estaduais e municipais";
"excluídas a competência de que trata o parágrafo anterior, nos demais casos

¹³Cf. Lei 6.938/81, art. 10, par. 4º e Decreto 99.274/90, art. 19, par. 5º.

¹⁴Cf. Lei 6.938/81, art. 6º, IV e Decreto 99.274/90, art. 3º, IV.

¹⁵Cf. Paulo A.L. Machado, *op. cit.* nota 6, p. 112.

¹⁶O Dr. Paulo A. L. Machado firmava seu posicionamento em função do art. 15, II, da Emenda Constitucional 1/69; cf. *ibid.*, p. 113.

¹⁷Cf. arts. 29 a 31 da CF/88.

¹⁸Cf. Paulo A.L. Machado, *op. cit.* nota 6, p. 113.

¹⁹*Ibid.*, p. 165.

²⁰Cf. Desafio do Desenvolvimento..., *op. cit.* nota 1, p. 76.

de competência federal o IBAMA expedirá as respectivas licenças após considerar o exame técnico procedido pelos órgãos estaduais e municipais de controle de poluição".

Tem-se, pois, que o IBAMA não tem poder decisório no licenciamento nuclear, devendo tão-somente opinar sobre a concessão de licença. Assim sendo, toda a responsabilidade pelo licenciamento e suas alterações cabe ao CNEN.

A legislação vislumbra a existência de três tipos de licenças, quais sejam: a licença prévia (LP); a licença instalação (LI); e a licença de operação (LO)²¹. A licença prévia, concedida "na fase preliminar do planejamento da atividade, contendo requisitos básicos a serem atendidos nas fases de localização, instalação e operação"²², é tida como obrigatória²³, apesar de haver doutrina que afirma ser ela opcional, requisitada tão-só se assim for a vontade do proprietário²⁴. Quanto às restantes, não há discordância no que pertine à sua obrigatoriedade.

Interessante notar que o "sistema funciona como um processo de acompanhamento das conseqüências ambientais de uma atividade econômica, desde as etapas iniciais de seu planejamento. A freqüência das ações de acompanhamento varia em função da natureza da atividade e dos seus cronogramas de planejamento, implantação e operação"²⁵.

Apesar, como já exposto, de o sistema funcionar "desde as etapas iniciais de seu planejamento", isto não implica não ser ele aplicável a plantas industriais já existentes. Com efeito, a legislação tem também como escopo as indústrias em funcionamento. Ocorre que a incorporação da tecnologia é muito mais fácil, barata e factível em uma planta industrial nova, além de, naturalmente, alcançar mais facilmente seus objetivos. É por isso que as leis de licenciamento nos estados do Rio de Janeiro e de São Paulo foram raramente aplicadas às plantas então existentes, o que teria exigido grandes custos. Esta tem sido uma das grandes falhas na regulamentação da poluição industrial²⁶. Tal postura tem respaldo, e.g., em afirmações de funcionários da FEEMA, os quais alegam ser injusto e politicamente inaceitável requerer dos proprietários de plantas antigas o gasto de grandes quantias em dinheiro no controle da poluição — exceto se acompanhado de substanciais subsídios governamentais —, ou então multá-lo ou fechar suas indústrias por poluírem sem licença²⁷.

²¹Cf. Decreto 99.274/90, art. 19, I, II e III, respectivamente.

²²*Ibid.*, art. 19, I

²³Cf. Desafio do Desenvolvimento..., *op. cit.* nota 1, p. 76.

²⁴Cf. Roger W. Findley, *op. cit.* nota 9, p. 27.

²⁵Cf. Desafio do Desenvolvimento..., *op. cit.* nota 1, p. 76.

²⁶Cf. Roger W. Findley, *op. cit.* nota 9, p. 27.

²⁷*Ibid.*, p. 27.

Ao CONOMA, órgão consultivo e deliberativo do SISNAMA²⁸, cabe a estipulação dos prazos para a concessão das licenças²⁹. Uma vez concedido, deve o licenciamento ser homologado pelo IBAMA³⁰. Interessante notar que a legislação alude à necessidade de se evitar exigências burocráticas excessivas ou pedidos de informação já disponíveis quando das atividades de licenciamento, fiscalização e controle³¹.

Tanto a Lei 6.938/81 quanto o Decreto 99.274/90³² prevêem que a concessão de incentivos fiscais deve estar condicionada ao licenciamento. Os estados, regulamentando os dispositivos federais, previram em suas legislações a obrigação de ser observado o licenciamento prévio, quando da concessão de incentivos³³. A propósito, sustentam alguns autores que somente quando se pretende seja concedido o incentivo fiscal torna-se o licenciamento prévio obrigatório³⁴. Neste caso, o licenciamento prévio — de cunho facultativo — é requisito indispensável, portanto obrigatório, quando se busca a obtenção de empréstimos. A propósito, deve-se ressaltar que nem todas as plantas industriais são suscetíveis de incentivos e subsídios, sendo as de propriedade de multinacionais um bom exemplo das que não o são³⁵.

A participação da comunidade no processo de licenciamento tem seu início na obrigatoriedade de seu pedido no jornal oficial do estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação³⁶. Não obstante o dispositivo ser claro, "há resistência de certos órgãos de alguns estados de cumprir esta exigência da lei"³⁷. Isto inegavelmente prejudica o acesso da comunidade às informações que lhe seriam fundamentais a uma participação mais efetiva, afinal, na gestão ambiental a comunidade pode responder às reivindicações dos diferentes setores sociais interessados na defesa do meio ambiente. Todavia, a participação ainda se encontra em um processo de evolução, sendo, no caso do licenciamento, pouco efetiva. Isto posto, dentre as perspectivas de melhoria do

²⁸Cf. Lei 6.938/81, art. 6º, II e Decreto 99.274/90, art. 3º, II.

²⁹Cf. Decreto 99.274/90, art. 19, par. 1º.

³⁰Cf. Lei 6.938/81, art. 10, par. 2º e Decreto 99.274/90, art. 19, par. 2º.

³¹Cf. Decreto 99.274/90, art. 16, par. 1º.

³²Art. 12 e art. 23, respectivamente.

³³V. exemplos arrolados por Paulo A.L. Machado, *op. cit.* nota 6, p. 181.

³⁴Cf. Roger W. Findley, *op. cit.* nota 9, p. 27.

³⁵*Ibid.*, p. 29.

³⁶Cf. Lei 6.938/81, art. 10, par. 1º.

³⁷Cf. Paulo A.L. Machado, "Regulamentação do Estatuto de Impacto Ambiental", 24 (93) *Revista de Informação Legislativa* (1987), p. 336.

licenciamento, uma das mais importante é a ampliação de seu caráter democrático, incluindo formas de participação da sociedade em todos os processos de concessão de licença³⁸.

III) O Licenciamento na Proteção Penal ao Meio Ambiente

O ilícito penal ambiental foi vislumbrando pelo legislador em diversos diplomas legais. No Código Penal há uma série de artigos aplicáveis a este tipo de delito³⁹, advindos todos do antigo Código Florestal⁴⁰. Paralela à legislação comum há a especial. Esta, no entanto, não fica adstrita à repressão penal, dispondo igualmente sobre matéria dos mais diversos âmbitos.

A este respeito, afirma a doutrina que "um Código como o Florestal, dada a sua própria natureza, possui normas relativas aos mais diversos atos com repercussão no campo do Direito: normas penais, processuais penais, do Direito Civil, administrativas, tributárias, financeiras, cristaliza noções de Economia, Estatística, Silvicultura e Ecologia"⁴¹. Pode-se afirmar, outrossim, que o mesmo caráter permeia a legislação restante, em especial os Código de Caça — ou, mais propriamente, Lei de Proteção à Fauna — e de Pesca⁴².

No bojo da legislação ambiental, quando da tipificação penal do delito, é feita menção, em algumas ocasiões, ao licenciamento. Bons exemplos são o Código Florestal⁴³ e o Código de Caça. Nestes, o licenciamento tem conteúdo muito distinto do tratado no item anterior. Como visto, aquele se tratava de autorização para construção, instalação, ampliação e funcionamento de empreendimentos causadores de poluição, e, mais amplamente, de degradação ambiental.

O licenciamento, como abordado no presente tópico, tem como escopo a autorização concedida às atividades relacionadas com as florestas e com a fauna. Não será feita menção ao Código de Pesca, haja vista não haver cominação penal em seus dispositivos, quando das disposições sobre o licenciamento⁴⁴.

³⁸Cf. Desafio do Desenvolvimento..., *op. cit.* nota 1, p. 76.

³⁹Cf. arts. 161, caput; 163; 163, III; 164; 250, par. 1º, h; 250, par. 2º; 259; 259, par. único; e, também, arts. 329, 330 e 331, quando a autoridade competente for um funcionário público encarregado da vigilância e proteção das florestas e demais formas de vegetação legalmente protegidas.

⁴⁰Decreto 23.793/34.

⁴¹Cf. Osny D. Pereira, Direito Florestal Brasileiro, Rio de Janeiro, Ed. Borsoi, 1950, pp. 141 e 142.

⁴²Lei 5.197/67 e Decreto-Lei 221/67, respectivamente.

⁴³Lei 4.771/65.

⁴⁴Cf. Decreto-Lei 221/67, arts. 6º; 9º, caput; 12; 19, caput; 29; 30; 31; 32; 42, caput; 43; e 64.

O Código Florestal arrola em seu artigo 26 as contravenções florestais de caráter penal. Todas elas recebem o mesmo tratamento penal, i.e., três meses a um ano de prisão simples ou multa de uma a cem vezes o salário mínimo mensal do lugar e da data da infração, ou ambas as penas cumulativamente⁴⁵.

O licenciamento é mencionado diversas vezes. A alínea "c" reza que a ausência da licença da autoridade competente ao se adentrar em floresta de preservação permanente conduzindo armas, substâncias ou instrumentos próprios para a caça proibida ou para a exploração de produtos ou subprodutos florestais torna a conduta punível. Percebe-se a cautela do legislador, que não exige do sujeito ativo a prática do ato de caça ou de efetiva exploração de produto ou subproduto florestal, tornando típica a mera ação de penetrar em floresta de preservação permanente munido de material que, por si só, representa perigo⁴⁶. A licença, que pois legaliza a conduta mencionada, deverá ser concedida pelo IBAMA, ou por órgão federal que exerça função delegada.

A alínea "h" pune o recebimento de madeira, lenha, carvão e outros produtos procedentes de florestas, sem que se exija a exibição de licença do vendedor, outorgada pela autoridade competente e sem que se muna da via que deverá acompanhar o produto, até final beneficiamento. A licença de que se faz menção também é chamada "Guia Florestal", fornecida pelo IBAMA, ou por órgão que exerça funções delegadas. Importante notar que contravenção florestal ocorrerá com o recebimento, dando-se este no momento da tradição e pouco importando o posterior destino dado ao material⁴⁷. É a licença o elemento normativo do tipo, obrigatória até o beneficiamento final do produto. Assim sendo, e isto é importante, o produto nas mãos do consumidor não gera delito algum⁴⁸. Também não há delito se a hipótese se adequa às exceções legais existentes⁴⁹.

A alínea "i" tipifica o transporte ou o armazenamento de madeiras, lenha, carvão e outros produtos procedentes de florestas sem licença válida por todo o tempo da viagem ou do armazenamento outorgada pela autoridade competente. O tipo assemelha-se à alínea anterior. A licença, também nesse caso, torna possível constatar se aquele que extrai efetivou a reposição florestal a que está obrigado. O consumidor, como no caso anterior, não é atingido pela norma.

A alínea "j" dita ser contravenção quando se deixa de restituir à autoridade licenças extintas pelo decurso de prazo ou pela entrega ao consumidor dos produtos procedentes de floresta. Trata-se de uma omissão, pois, quando vencida ou usada a licença, cabe ao usuário devolvê-la ao órgão competente. A norma, como se vê, é extremamente

⁴⁵Cf. art. 26, caput. V. Lei 6.205/75, que substitui o salário mínimo por valor de referência.

⁴⁶Cf. Vladimir P. de Freitas e Gilberto P. de Freitas, Crimes contra a Natureza, 2ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1991, p.43.

⁴⁷Ibid., p. 52.

⁴⁸Cf. Ruy S. R. Pinho, "Da Contravenção Florestal", 43 (113) Justitia (1981), p. 53.

⁴⁹As específicas a esta alínea encontram-se na Instrução Normativa (IBDF) 0011/80, art. 75.

rígida⁵⁰ — apesar de, por outro lado, não vislumbrar a utilização de licença cuja validade já espirou, ou cujo objeto já foi entregue ao destinatário.

O código de Caça, ao dispor sobre os crimes contra a fauna, também trata do licenciamento. O artigo 3º prescreve ser proibido o comércio de espécimes da fauna silvestre e de produtos e objetos que impliquem na sua caça, perseguição, destruição e apanho. Seu par. 2º traz a exceção, ditando que será permitida, mediante licença da autoridade competente, a apanha de ovos, larvas ou filhotes que se destinem aos estabelecimentos acima referidos, bem como a destruição de animais silvestres considerados nocivos à agricultura ou à saúde pública. Trata-se de mais um caso onde a licença exclui a ocorrência do ato delituoso. Não cabem pois considerações de ordem particular para a execução dos atos acima mencionados, sendo necessária a anuência, por meio de autorização, do órgão público competente. A pena imposta pode variar de dois a cinco anos de reclusão⁵¹.

O artigo 4º estabelece que nenhuma espécie poderá ser introduzida no país sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida na forma da lei. Mais uma vez, é a licença instrumento indispensável à proteção da fauna nacional. Esta pode ser ameaçada pelo ingresso de espécies, sem o devido controle oficial⁵². Este deverá ser exercido com auxílio de autoridade científica, a quem caberá dizer se a exportação ou importação é prejudicial à sobrevivência da espécie de que se trate⁵³. A pena é de um a três anos de reclusão.

O artigo 14, par. 3º afirma que as licenças especiais concedidas a cientistas, oficiais ou oficializadas, ou por estas indicadas, para a coleta de material destinado a fins científicos, em qualquer época, não poderão ser utilizadas para fins comerciais ou esportivos. A norma tem como escopo, portanto, evitar a desvirtuação do objeto da licença que é na realidade, o aprimoramento dos estudos de nossa fauna. Desta forma, "a ação delituosa refere-se a cientista, nacional ou estrangeiro, que, preenchidos os requisitos legais, tenha obtido autorização administrativa e que, irregularmente, usa-a com fins comerciais ou para caça amadora"⁵⁴. Importante ressaltar, outrossim, que para a licença atingir seu fim, não compreende ela a coleta de material em qualquer época, tampouco existe a licença permanente⁵⁵. Como nos casos anteriormente mencionados, a pena aplicável pode variar de um a três anos de reclusão.

⁵⁰Cf. Vladimir P. de Freitas e Gilberto P. de Freitas, op. cit., nota 46, p. 57.

⁵¹Cf. Lei 7.653/88, art. 1º.

⁵²Cf. Vladimir P. de Freitas e Gilberto P. de Freitas, op. cit., nota 46, p. 83.

⁵³Cf. Paulo A.L. Machado, op. cit., nota 6, p. 427.

⁵⁴Cf. Vladimir P. de Freitas e Gilberto P. de Freitas, op. cit., nota 46, p.92.

⁵⁵Cf. Paulo A.L. Machado, op. cit., nota 6, p. 411.

IV) Implementação do Licenciamento

A falta de implementação dos requerimentos para licenciar é um fator constante nas preocupações ambientais.

Elas tem sido considerada, juntamente com a exigência de licenciamento de plantas já instaladas, uma das mais sérias falhas no controle da poluição industrial⁵⁶. Sua ausência, ademais, também se encontra quando dos licenciamentos exigidos pela legislação penal ambiental.

Ao se tentar identificar as razões do porquê "a História do Direito Ecológico no Brasil constitui impiedosa tragédia jurídico-legislativa do Homem contra a natureza", afirmam alguns autores que há, na realidade, uma "forte herança cultural na formação mental do brasileiro no sentido de admitir que a sorte da natureza é impermeavelmente estranha aos interesses jurídicos da nacionalidade"⁵⁷.

Ao se abordar esta questão de forma mais pragmática, chega-se a conclusões complementares à acima exposta. O primeiro ponto a ser desmistificado é o da solução do problema por meio da existência de abundante legislação. A nesse propósito já se manifestou a Comissão Econômica para a América Latina das Nações Unidas (CEPAL), ao afirmar que "legislação não é o fator crítico na melhoria das condições ambientais. A legislação não garante que a intenção do legislador será implementada. Os maiores problemas práticos resultam da dificuldade de efetivar mecanismos de controle e de implementação para que sejam executadas as provisões legais"⁵⁸.

Tendo sido, pois, bem definida, dentro de parâmetros reais, a importância da legislação, o próximo passo é o de saber como ela pode ser efetiva. Há sugestões de que ela deva fazer parte de um grande processo de eco-gerenciamento (*ecomangement*), sendo este considerado o gerenciamento do meio ambiente humano de acordo com os princípios ecológicos⁵⁹. Como se pode notar, são profundas as considerações de cunho teórico.

Por outro lado, por meio da realidade prática parece mais palpável o encontro de soluções para as falhas da implementação. Pode-se apontar, como principais razões da falta de implementação da legislação ambiental brasileira, as lacunas e a incerteza nos padrões jurídicos: a falta de recursos — financeiros e humanos —; e a dificuldades inerentes à aplicação de padrões ambientais a múltiplos poluidores⁶⁰. Adite-se a esse elenco, ademais, como um fator primário, a "ausência de vontade política"⁶¹.

⁵⁶Cf. Roger W. Findley, *op. cit.* nota 9, p. 26.

⁵⁷Cf. Renato Guimarães Jr., "O Futuro do Ministério Público como Guardião do Meio Ambiente e a História do Direito Ecológico", 43 (113) *Justitia* (1981), pp. 166 e 168.

⁵⁸Cf. "El Medio Ambiente en América Latina", *U.N. Doc. E/CEPAL/1018*, 1976, p. 99.

⁵⁹Cf. Jaro Mayda, "Environmental Legislation in Developing Countries: some parameters and constraints", 12 (4) *Ecology Law Quarterly* (1985), p. 1023.

V) Considerações Finais

Pelo exposto pode-se concluir ser o licenciamento um dos instrumentos mais importantes na defesa do meio ambiente. O procedimento que ele enseja faz com que sejam estudadas todas as conseqüências que certas atividades podem trazer, o que o torna, pois indispensável meio de prevenção de danos e de degradação.

Já existe toda uma regulamentação institucional no que diz respeito a seus requisitos, assim como o estabelecimento de sistemas punitivos quando não for ele observado.

Resta, e este é um dos passos de maior importância, uma efetividade maior quando de implementação da legislação ambiental e, em especial, da pertinente ao licenciamento. O comprometimento do Estado nesta etapa - haja vista sua participação não esgotar no processo legislativo - condicionará a obtenção ou não das metas de proteção estipuladas.

⁶⁰Cf. Roger W. Findley, *op. cit.* nota 9, 30.

⁶¹*ibid.*

A FUNÇÃO DA JUSTIÇA*

Resolução de Conflitos e Seus Instrumentos de Análise

José Ribas Vieira**

Introdução

A compreensão dos instrumentos de análise aptos a estudar a função da Justiça e de outros mecanismos de resolução de conflitos na sociedade passa, necessariamente, no sentido de uma delimitação teórica das discussões metodológicas nessa área.

Entretanto, é importante registrar que o nosso trabalho tenta indicar o fato dessas propostas metodológicas, em realidade, integrarem dois campos distintos de produção nas Ciências Sociais. Assim, devemos reconhecer o peso e a contribuição do quadro teórico proposto pelo mundo anglo-saxônico dentro das Ciências Sociais para o estudo da função da justiça.

Uma outra vertente nesse espaço investigativo veio colocando-se nesses últimos anos, referente à participação latino-americana (em especial das Ciências Sociais brasileiras) para a temática da resolução de conflitos. Cabe, no entanto, revelar o aspecto de que, na verdade, não há tão distinta separação entre essas duas esferas metodológicas. Constata-se, nesse nível, uma interligação bastante importante dos estudos

* Trabalho apresentado na "46ª Reunião Anual da SBPC" - 21 de julho de 1994 - UFES, Vitória, ES. (Apoio financeiro do Departamento de Pesquisa - OAB-RJ)

** Prof. Titular de Teoria de Direito e Direito Constitucional - UFF, Prof. Associado (Direito) - PUC-Rio, Prof. Adjunto Ref. IV - Direito Político - UFRJ e é, atualmente, Presidente do Comitê Executivo (1994-1995) do Conselho Nacional de Pesquisa e Programas de Pós-Graduação em Direito (Conpedi)

oriundos da América Latina a respeito da Justiça tendo como base a contribuição anglo-saxônica.

Mesmo considerando esse dado, nós procuraremos nessa reflexão caracterizar a distinção teórica-metodológica no tocante a resolução de conflitos, como, aliás, já foi salientado anteriormente, no âmbito dessas duas formas de Ciências Sociais.

Um outro ponto a merecer destaque de nossa parte, diz respeito que certas especificidades da perspectiva latino-americana no tratamento da problemática da função da Justiça estão, hoje, se diluindo diante das influências das novas proposições metodológicas de fundamento anglo-saxônico. Ao discutir esse ponto, finalizaremos essa nossa análise apontando uma vertente a qual permanece representativa de uma contribuição de nossas para o entedimento da questão da resolução de conflitos.

Elencadas essas indagações, vale ressaltar para uma exata adequação de nosso objeto de preocupação, é a nossa delimitação do significado das categorias "*resolução de conflitos*" ou "*função da justiça*" contidas neste texto. Essas noções expressam os mecanismos formais (institucionalizados pelo Poder Político) ou informais (traduzidas pela sociedade) para a arbitragem de conflitos e como as Ciências Sociais nos seus diversos campos (Antropologia Legal e a Sociologia do Direito notadamente) enquadram-á.

1. A Contribuição Anglo-saxônica para a Resolução de Conflitos

Não pode ser contestada a conclusão a respeito da importância e presença dos estudos teórico-metodológicos de autores anglo-saxônicos em relação ao tema da resolução de conflitos. Devemos registrar, dessa forma, que essas contribuições se localizam em duas áreas de conhecimento com fronteiras bem demarcadas a saber: a Antropologia e a Sociologia. Entretanto, não pode ser desconhecida a observação de relativizar mais um propalada diferenciação dos campos antropológico e sociológico nas reflexões advindas do universo anglo-saxônico. Em realidade, de forma bem integrada, as categorias como a de informalismo e a do pluralismo demonstram como fazem parte constante do legado de discussão tanto da Antropologia e quanto da Sociologia daquela procedência teórica.

Apesar de estarmos considerando esse aspecto, para efeito de nossa análise, procuraremos pontuar o nosso pensamento por uma certa separação dos citados espaços de conhecimento. Assim, no âmbito das investigações anglo-saxônicas, houve um peso marcante e nítido da Antropologia Legal. Um passo importante dado por essa área de estudo na compreensão da idéia de Justiça, foi o acento dado para o seu próprio objeto de pesquisa. Para a Antropologia Legal de base anglo-saxônica o seu enfoque principal seria a própria noção resolução de conflitos.

Esse campo da Antropologia sustentava que a questão da solução de disputas era primordial e representava um instrumento valioso para desvendar a dinâmica da estrutura social. Entretanto, uma definição dos limites de um determinado sistema de efetivar a Justiça passava, necessariamente, pela conceituação do Direito. Nessa empreitada,

dois antropólogos confrontaram-se. Max Gluckman¹ e Paul Bohannan². Todos os dois estudiosos defenderam a relevância da perspectiva comparativa para uma definição do fenômeno legal. Mas, cabe sublinhar que havia uma diferença entre os dois mencionados antropólogos. Gluckman seguia, em realidade, uma linha mais universalista na compreensão do processo normativo ao demonstrar a existência de um leito comum para as categorias jurídicas produzidas pelas sociedades. Essa sistematização e a tradução de institutos legais de outras sociedades seriam possíveis na medida em que considerasse como referencial a estrutura jurídica de mundo do "*Common Law*". A partir dessa constatação e de observações da presença de categorias tais como de "*justiça*", "*devido processo legal*" e "*obrigações*", nas sociedades estudadas que Gluckman se julgava habilitado a compreender o campo da resolução de conflitos.

Além dessa contribuição numa definição mais ampla para o Direito, as análises de Gluckman a respeito das sociedades do Barotse avançou em outros pontos fundamentais para a temática da função da Justiça. Um foi das relações sociais multiplexas³ ao apontar que, na estrutura social estudada, por exemplo, a solução de um determinado conflito, teria de considerar não o indivíduo de forma isolada (como ocorre nas disputas judiciais de nossas sociedades) e sim considerando todos os papéis sociais exercidos, como a de um chefe de clã, proprietário, vizinho, etc. Dessa forma, a decisão judicial na sociedade dos Barotse apresentava essa dimensão complexa para o julgamento. O outro conceito analítico esboçado por Gluckman foi a do "homem razoável", através da qual, em determinados sistemas legais, a decisão sobre um conflito torna-se viável, devido a um senso comum em relação a certos padrões de comportamentos, tais como: "*respeite e ajude seu pai*", "*trata bem sua esposa*", "*arbitre imparcialmente as disputas entre seus dependentes*", etc.⁴

A postura antropológica de Paul Bohannan foi, numa outra direção no objetivo de demonstrar a impossibilidade de firmar uma conceituação universalizante para o fenômeno legal. Bohannan sustentou que, só seria possível um quadro comparativo, a partir do reconhecimento das categorias jurídicas de cada sociedade e uma certa limitação de estabelecer uma correspondência comum para os institutos legais.

Embora esses estudos de Gluckman e Bohannan foram importantes para o avanço nas análises nas formas de resolução de conflito, na verdade, a Antropologia Legal de base anglo-saxônica ficou paralisada diante da polêmica entre esses dois antropólogos a

¹ Max Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse e Northern Rhodesia*. (Inglaterra: Manchester University Press, 2ª edição, 1967.)

² Paul Bohannan, "Ethnography and Comparison in Legal Anthropology", in "*Law in: Culture and Society* (org. Laura Nader). (Chicago: Aldine Publishing Company, 1969) 401: 418.

³ Gluckman, op. cit., pág. 20. Tal conceito seria, mais tarde, aplicado por Boaventura de Sousa Santos na sua obra *O Discurso e o Poder - Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica*. (Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988), para estudar as formas de resolução de conflitos numa favela do Rio de Janeiro.

⁴ *Ibidem*, págs. 82 e 83.

partir de uma questão preliminar e fundamental: como se definiria o Direito e seria possível comparar suas categoria?⁵

Felizmente, nos anos 80, essa forma de produção de Antropologia Legal realiza uma profunda revisão. Esse campo de Antropologia volta-se, hoje, para estar integrado, de modo profundo, nas Ciências Sociais sem maiores ambições, assim, quanto a relevância de seu objeto de resolução de conflitos como instrumento para descortinar a própria estrutura social. Além desse aspecto, os autores como June Stan e Jane F. Collier observam um outro dado importante que, "*não somente antropólogos, mas também as pessoas que estudam, assumem o fato dos sistemas legais serem sistemas culturais*"⁶.

E apontam, ainda:

*"O reclame para a supressão da Antropologia Legal, desse modo, deve refletir a idéia emergente de que a compreensão antropológica dos processos legais necessitam estar fundamentadas numa ampla visão"*⁷

Se a Antropologia Legal vem desenvolvendo-se, nessa direção, de articular a um contexto mais complexo das relações sociais no tocante ao estudo da resolução de conflitos, a Sociologia do Direito de concepção anglo-saxônica teve, também, uma dinâmica própria. É de fácil reconhecimento que ocorreu na Sociologia de Direito, de uma certa forma, o mesmo fenômeno de restrição de objeto de estudo como a que se passou com a Antropologia Legal. A única diferença numa mudança e limitação da Sociologia de Direito para Antropologia Legal que, naquele campo de conhecimento não decorreu por uma deliberação de seus estudiosos e sim por um processo natural. Dessa forma, a contribuição anglo-saxônica do que veio a ser uma denominada Sociologia da Administração da Justiça em substituição de uma Sociologia do Direito foi no sentido de seu enfoque estar direcionado, prioritariamente, para o exame das formas institucionalizadas de resolução de conflitos (Poder Judiciário). Outro aspecto a ser ressaltado que as investigações procedidas pela Sociologia da Administração da Justiça se situaram no âmbito da análise da prestação jurisdicional dentro da crise do Estado de Bem Estar Social e suas conseqüências político-sociais.

Vale, agora, ressaltar que, de forma concreta não importam os traços diferenciadores entre a Antropologia Legal e a Sociologia do Direito estabelecidos pelos

⁵ O registro e a intensidade dessa polêmica encontra-se mapeada na obra já citada organizada por Laura Nader contendo textos de Gluckman e Bohannan.

⁶ June Stan e Jane F. Collier, "Introduction" in: *History and Power in the Study of Law New Direction in Legal Anthropology* (org. Jaime Stan e Jane F. Collier) (Ithaca Cornell Press, 1989, pág. 11).

⁷ *Ibidem*, pág. 5.

⁸ Boaventura de Sousa Santos no seu artigo "Introdução à Sociologia da Administração da Justiça", in: *Direito e justiça - A função social de judiciário* (org. José Eduardo Faria) (São Paulo: Editora Ática, 1989) 39:65. Sintetiza toda a transformação teórica metodológica operada no âmbito da Sociologia do Direito.

autores anglo-saxônicos nas reflexões referentes a resolução de conflito, tendo em vista duas categorias terem permanecido como fundamentais contribuições independentes de sua origem teórica: o informalismo e o pluralismo.

O informalismo consolidou-se, ao mesmo tempo, não só como instrumento analítico, como também, de ser um mecanismo de reforma das formas tradicionais de resolução de conflitos⁹. A categoria de informalismo traduz um procedimento de solução de disputa caracterizando um perfil de menor grau institucional e a diluição da participação do Poder Político. Devido esse sentido mais aberto como a resolução de conflito pode revestir-se, é que levou o surgimento de movimentos para adotar os instrumentos de informalismo para tornar mais ágil as formas institucionalizadas de prestação jurisdicional.

Quanto ao pluralismo como conceito foi legítimo tanto para compreender as múltiplas formas de produção normativas quanto, em conseqüência para refletir nos variados modos de solução de conflitos existentes numa dada sociedade.

Se esses apontamentos servem para lastrear um balanço da contribuição anglo-saxônica nos últimos trinta anos para o tratamento teórico-metodológico para a resolução de disputas, devemos sublinhar que, recentemente, têm havido alterações significativas.

A resolução de conflitos passa a ser delimitada dentro da própria mudança da concepção dos paradigmas liberais e do Estado de Bem-Estar Social formadores do Direito. A contribuição de autores como Philippe Monnet e Philip Selznick ao indicar a configuração de um novo contexto através de um "*direito responsivo*"¹⁰.

Outro ponto novo de reflexão materializa-se nos trabalhos recentes de Laura Nader¹¹ ao contestar a ideologia da harmonia que ficou imbutida nas reformas travadas nas resoluções de conflito de nossa sociedade. A antropóloga Laura Nader denuncia como, na verdade, a noção de harmonia favorece a um não institucionalismo da função de Justiça, retirando das partes envolvidas, por exemplo, as garantias de uma prestação jurisdicional equilibrada e mais igualitária.

⁹ Vide Richard Abel "Introduction", in: *The Politics of Informal Justice (Comparative Studies)*, (org. Richard L. Abel) (vol. 2) (New York: Academic Press, Inc. 1982) 1: 13.

¹⁰ Philippe Nonet e Philippe Selznick, *Law and Society in transition - Toward Responsive Law* (New York: Harper Colophon Books, 1978). Outra obra de caráter coletivo importante para registrar esse novo marco de análise da temática de resolução coletiva está nos textos de *Dilemmas of Law in the Welfare State*, sob a organização de Gunther Teubner (Berlim, Walter de Gruyter, 1986).

¹¹ Vide, "Control in Processes in the Practice of Law: therarchy and Pacification in the Movement to Reform Dispute Ideology, de autoria de Laura Nader in: *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (vol. 9, 1993, nº 1) 1: 24 e "La Civilización y sus negociadores - La armonía como técnica de parificación" de Laura Nader. (Mimeo) apresentada na Reunião Anual da Aba (março de 1994, Niterói, RJ).

2.A resolução de conflitos na perspectiva latino-americana (Brasil)

O tratamento dispensado pelos estudos produzidos por nossos analistas a respeito da função da Justiça inspirou-se nas categorias elaboradas pela reflexão anglo-saxônica. Entretanto, como já indicamos, tal fato não impediu que os estudos por nós elaborados apresentassem certas especificidades. Mas, independente dessas possíveis especificidades, cabe identificar as formas como se deram as nossas investigações referentes a resolução de conflitos. Entre nós, não houve uma distinção metodológica e teórica entre a Antropologia Legal e a Sociologia do Direito. Pelo contrário, as nossas pesquisas traduziram, em realidade, um processo globalizante e integrado do objeto e das categorias utilizadas desses campos de conhecimento. Um outro ponto a merecer destaque é o fato de depararmos, no tocante a nossa produção analítica, mais um desenvolvimento sucessivo de etapas sem maiores impasses (como ocorreu, exemplificativamente, na polêmica entre Gluckman e Bohannan.

Os anos 70, no caso específico brasileiro, foi marcado pelos resultados da pesquisa de Boaventura de Sousa Santos contidos no obra *O Discurso e o Poder*¹². Devido as limitações impostas pela Antropologia e Sociologia por desconhecer o Estado na produção de normas e da Teoria Marxista ao propor a presença do Poder com menor espaço para compreender o Direito, o sociólogo português com base numa perspectiva filosófica para análise do discurso sugere como instrumento analítico a "Sociologia da Retórica". Assim, Boaventura de Sousa Santos direciona-se fundamentada nessa "*Sociologia Retórica*" para investigar um discurso não estatal para o tema da resolução de conflitos originado de uma favela na periferia da cidade do Rio de Janeiro. Tal procedimento torna possível visualizar as especificidades da solução de conflitos liderada pela comunidade via uma associação de morador diferentes das formas tradicionais das decisões efetivadas pelo Estado. Apesar do vulto da contribuição apresentada na obra *O Discurso e o Poder*, nessa análise, teria sido importante pautá-la com a inclusão da categoria dos movimentos sociais. Outro aspecto a merecer uma certa observação das conclusões sustentadas por Boaventura de Sousa Santos é o seu sentido valorativo ao enaltecer uma visão utópica de um processo de disputa realizada pela própria comunidade.

A etapa seguinte localizada mais nos anos 80 prende-se a uma perspectiva de compreensão da resolução de conflitos mais vinculada a uma linha jurídica, justificando-se a temática do acesso à justiça e a inclusão do conceito de interesse coletivo¹³. Esse debate foi mais relevante para mudar o nosso ordenamento jurídico do que ser um instrumento analítico útil para as nossas Ciências Sociais. Entretanto, cabe relevar que, pelo menos, essa

¹² Santos, op. cit.

¹³ Vide, o trabalho de Joaquim Falcão, "Cultura Jurídica e Democracia: a favor da democratização do judiciário", in: *Direito, Cidadania e Participação* (org. Bolívar Lamounier, Francisco C. Weffort e Maria Victoria Benevides). (São Paulo: T.A. Queiroz Editora Ltda., 1981) 3:20. O autor discute a cultura jurídica fundamentada, ainda, no individualismo liberal-burguês. Acrescente-se a obra de autoria de Luciano Oliveira e Afonso Cezar Pereira. *Conflitos Coletivos e Acesso à Justiça*. (Recife, Fundação Joaquim Nabuco, Editora Massangana, 1988), na qual é ressaltada a importância entre nós de uma justiça Administrativa para solução de conflitos da sociedade com os entes estatais. Observam os autores, aliás, que ela deveria ter um caráter democrático e transparente.

mencionada etapa influenciou vários estudos, com certo grau de importância, da categoria dos movimentos sociais para interpretar a resolução de conflito entre nós.

Hoje, vivemos um momento singular nos estudos da resolução de conflitos elaborados, especialmente, no Brasil. De um lado, há uma forte vertente que, ao enquadrar a função da Justiça, inclui dentro do debate da teoria do direito contemporânea, de autores já assinalados por nós como Nonet e Selznick, Teubner, Luhmann, etc. Essa preocupação assume atualmente uma postura, ainda, mais abstrata e profundamente teórica de ver a solução de disputas dentro de paradigmas como, por exemplo, de um mundo "*pós-social*". Essas interpretações pelo seu caráter não apresentam nenhuma demonstração empírica de sua validade para uma aplicação numa sociedade como a nossa. O mais grave é reconhecermos o fato dessas análises trazerem, pelo distanciamento da nossa própria realidade social, uma perda de especificidade das contribuições sobre a resolução de conflito entre nós.

De outro lado, há uma vertente que, apesar de seu sentido mais vinculado ao universo jurídico, acarreta, de um modo bem nítido a manutenção de certas características mais genuínas da nossa forma de solução de conflitos. Referimos, assim, as discussões decorrentes do Direito Alternativo. A especificidade contida nesse debate é de apontar a necessidade de uma prestação jurisdicional ou do papel do juiz no Brasil de atender para dirimir as disputas por um meio de não aprofundar ou reforçar mais o nosso processo social desigual e excludente.

3. Conclusão

O trabalho desenvolveu-se na direção de indicar que uma melhor compreensão do tema sobre a função da Justiça e seus instrumentos de análise é de estabelecer uma distinção nos estudos entre os de origem anglo-saxônica (de base, distintas, antropológica e sociológica) e os de procedência latino-americana (em especial a de matriz brasileira).

Somos levados a concluir que, no presente momento, somente o Direito Alternativo apresenta-se entre nós com uma contribuição mais original e diferenciada do campo anglo-saxônico. Contudo, alertamos para a necessidade urgente de capacitar-se com categorias analíticas de modo a retirar-se do mundo exclusivo do jurídico e colocá-lo, também, dentro do contexto das nossas Ciências Sociais, tornando-as mais aptas para uma visão crítica da solução de conflitos. Esse é o desafio dos anos 90.

Resumo

O autor estuda a resolução de conflitos ou a função da justiça e seus instrumentos de análise de modo a diferenciar as contribuições anglo-saxônica e latino-americana (Brasil) nesses últimos trinta anos. Contudo, o trabalho aponta que, hoje, o Direito Alternativo como exemplo de debate relevante entre nós tem um papel importante a desempenhar, a de manter as especificidades das análises sobre as nossas formas de resolução de conflitos.

PRIMEIRAS NOTAS SOBRE A CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE O DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS*

Lauro da Gama e Souza Jr..
Nadia de Araujo...

1. Antecedentes

A V Conferência Interamericana Especializada sobre Direito Internacional Privado foi convocada pela Assembléia Geral da OEA, em 1989. Antes disso, foram realizadas quatro Conferências Especializadas, denominadas CIPID I, II, III, e IV, a saber: em 1975, no Panamá; em 1979, no Uruguai; em 1984, na Bolívia; e em 1989, novamente no Uruguai. Nestas Conferências foram aprovadas 21 Convenções Interamericanas, cujos temas abrangem, em resumo, as seguintes matérias: Normas Gerais do Direito Internacional Privado, Direito Processual Internacional, Direito do Comércio Internacional e Direito de Família Internacional.¹

* Convenção aprovada na V Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado, realizada na Cidade do México de 14 a 18 de março de 1994.

** Mestre em Relações Internacionais PUC-Rio e Professor de Direito Internacional Privado PUC-Rio. Observador designado pela Sociedade Brasileira de Direito Internacional na CIDIP V.

*** Mestre em Direito Comparado George Washington University, Professora de Direito Internacional Privado PUC-Rio e Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Observadora designada pela Sociedade Brasileira de Direito Internacional na CIDIP V.

¹ Sobre o tema das Cidips, ver Villela, Ana Maria, *A unificação do direito na América Latina: direito uniforme e direito internacional privado*, Rev. Informação Legislativa, Brasília, a. 23, nº 83, 1984, e Castello Cruz, Luiz Dilermando, *O desenvolvimento e a codificação do Direito Internacional Privado na 3ª Conferência especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado*, in Anuário Jurídico Interamericano, 1985, pag. 56/111. A seguir, listamos as Convenções e sua remessa ao Congresso Nacional, pela ordem das Conferências. Cípid I, Panamá, 1975: 1. Convenção Interamericana sobre conflito de leis em matéria de letra de câmbio, notas promissórias e faturas; 2.

O temário aprovado para a CIDIP V continha quatro assuntos: a) a lei aplicável aos contratos internacionais; b) aspectos civis e penais do tráfico de menores; c) aspectos jurídicos do direito internacional privado concernente à transferência de tecnologia; e d) outros assuntos, especialmente o de responsabilidade civil internacional por poluição transfronteiriça.

Os trabalhos foram divididos em duas Comissões, e os debates prolongaram-se, no mais alto nível, por toda a semana, contando com a presença de dezenove delegações (Argentina, Brasil, Canadá, Estados Unidos, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, Uruguai, Venezuela, entre outros) e vários observadores internacionais (SubSecretário Geral da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, Membros da Sociedade Brasileira de Direito Internacional e da Associação Argentina de Direito Internacional Privado, entre outros). Ao final da Conferência, restaram aprovadas duas novas Convenções Interamericanas.

A Delegação do Brasil foi chefiada pelo Prof. João Grandino Rodas, Consultor Jurídico do Itamaraty e Professor Titular de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Na Comissão I (contratos internacionais) participou ativamente, como delegado do Brasil, o Professor Jacob Dolinger, Titular da Cadeira de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

2. Antecedentes da Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos contratos internacionais

Ao término da CIDIP III, em sua ata final, o tema da contratação internacional já figurou como um dos que deveria integrar a CIDIP seguinte. EM 1987, o Conselho Permanente da OEA, em cumprimento à Resolução da Assembléia Geral, de 1985, incluiu no projeto de temário para a CIDIP IV esta matéria.² Durante a realização da CIDIP IV em Montevidéu, aprovaram-se as bases para os trabalhos futuros relacionados ao tema "lei aplicável aos contratos internacionais"³, decidindo-se

Convenção Interamericana em matéria de conflito de leis sobre o cheque, não foi enviada, por causa da Convenção sobre o mesmo tema de 1979. 3. Convenção Interamericana sobre cartas rogatórias; e também do Protocolo CIPID II; 4. Convenção Interamericana sobre obtenção de provas no estrangeiro; foi enviada conjuntamente com o Protocolo aprovado na Cipid II. 5. Convenção Interamericana sobre arbitragem comercial; 6. Regime legal das procurações para serem utilizadas no estrangeiro, já em vigor. CIDIP II, Montevidéu, 1979: 1. Conflitos de leis em matéria de sociedades mercantis; 2. Normas gerais sobre Direito Internacional Privado e Protocolo Adicional; 3. Conflitos de leis em matéria de cheques, já em vigor; 4. Eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros; 5. Cumprimento de medidas cautelares, não foi enviada; 6. Convenção sobre prova e informação acerca do direito estrangeiro, Protocolo adicional à Convenção sobre cartas rogatórias, foi enviado juntamente com a Convenção sobre cartas Rogatórias; 7. Sobre domicílio de pessoas físicas, não foi enviada; CIPID III, La Paz, 1984: 1. Sobre personalidade e capacidade das pessoas jurídicas em direito internacional privado; 2. Sobre conflito de leis em adoção de menores; 3. Sobre competência na esfera internacional para eficácia extraterritorial das sentenças estrangeiras, não foi enviada. 4. Protocolo para recepção de provas produzidas no estrangeiro, enviada conjuntamente com a Convenção sobre o tema. CIDIP IV, Montevidéu, 1989: 1. Sobre restituição internacional de menores, já em vigor; 2. Sobre alimentos, não foi enviada e 3. Sobre transporte de mercadorias, também não foi enviada.

² Documento da OEA, CP/Res. 486(717/87).

³ Documento da Cidip IV, Res. 5/1989.

recomendar à Assembléia Geral da OEA a convocação de uma reunião de peritos para elaborar um anteprojeto da referida convenção.

Apesar de constar do temário da CIDIP IV, e haver um trabalho preparatório de autoria do Professor Antonio Boggiano⁴, o tema não foi tratado naquela Conferência por absoluta falta de tempo hábil para tal. Isso porque o trabalho da II Comissão cingiu-se à elaboração da Convenção sobre Transporte Rodoviário. O Uruguai e o México apresentaram um projeto comum de Convenção, mas no pouco tempo disponível a discussão girou em torno do problema da teoria da *autonomia da vontade*, que apesar de representar a nova tendência mundial, não fazia parte integrante da legislação da maioria dos países latino-americanos. Assim, ao final, estabeleceram-se apenas as bases sobre as quais se assentaria a discussão de uma futura convenção.⁵

A Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos do Conselho Permanente da OEA assumiu a direção dos trabalhos preparatórios para a CIDIP V, em 1991, aprovando o envio a cada Estado Membro da OEA de um questionário sobre a contratação internacional⁶. Paralelamente a este trabalho, o Comitê Jurídico Interamericano elaborou um projeto de Convenção Interamericana sobre a lei aplicável em matéria de contratação internacional.⁷ Por ocasião de sua sessão de agosto de 1992, o Comitê, dando prosseguimento ao tema, aprovou o relatório elaborado pelo Professor José Luis Siqueiros, no qual se analisava, a partir da situação mundial sobre o tema, a conveniência da elaboração de uma Convenção Interamericana sobre os contratos internacionais. Isto porque as respostas ao questionário enviado pelo Conselho

⁴ Documento da Cidip IV/ doc. 8/88. Nesse estudo, o Prof. Boggiano conclui que o melhor caminho seria o da adaptação da Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, ao invés da elaboração de uma nova Convenção. Essa sugestão não foi acatada pela Cidip IV. Este estudo foi publicado como Boggiano, Antonio, *Contratos Internacionais*, Buenos Aires, Depalma, 1990.

⁵ Princípios adotados pela Conferência para o futuro estudo do tópico sobre a lei aplicável aos contratos internacionais

1. As partes contratantes podem decidir livremente sobre a lei aplicável a um contrato, ou a parte dele, cujo caráter de internacionalidade esteja evidenciado por elementos objetivos localizados em diferentes estados. As partes poderão mudar a lei escolhida a qualquer tempo, desde que o direito de terceiros não seja afetado.
2. A decisão referida no parágrafo anterior deve ser explícita, ou excepcionalmente, deve ser constatada de forma inequívoca pela conduta das partes e cláusulas de contrato.
3. Se as partes contratantes não tiverem escolhido a lei aplicável, ou se sua escolha for inválida, o contrato deverá ser regido pela lei do Estado com o qual seja mais proximamente conectado.
4. As regras legais do foro, quando imperativas com relação ao contrato referido no parágrafo primeiro, devem ser aplicáveis, sem que se leve em consideração à lei aplicável ao contrato.
5. As regras legais de qualquer estado com o qual o contrato possuía conexão, devem ser levadas em consideração quando, sob a égide da lei deste Estado, essas regras sejam imperativas e devam ser aplicadas independentemente da lei aplicável ao contrato.
6. Para a validade do requisito da forma, basta que o contrato seja celebrado em conformidade com a lei que rege a sua execução (*lex celebrationis*).
7. A lei de cada Estado deve governar a publicidade do contrato.
8. A lei de regência do contrato não deve ser aplicada quando seja manifestamente contrária à ordem pública.

⁶ Documento OEA CP/CAJP-807/91.

⁷ Comitê Jurídico Interamericano, doc. CJI/Res. II. 6/91

Permanente demonstraram a necessidade de uma convenção autônoma, e não a simples aderência dos Estados membros aos diplomas internacionais já existentes.

Finalmente, o projeto adotado pelo Comitê foi discutido por uma reunião de especialistas, realizada em Tucson, Arizona, Estados Unidos, em novembro de 1993. Nesta reunião o projeto do Comitê Jurídico Interamericano sofreu modificações, tomando-se então o "Projeto de Tucson". Na CIDIP V, esse último projeto foi adotado como documento inicial de trabalho na I Comissão, que tratava do tema. As discussões e modificações sofridas por este projeto resultaram na nova Convenção adotada ao final da Conferência, em 17 de março de 1994.

3. Principais aspectos da Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais

A Convenção, pioneiramente⁸, contém uma definição do contrato internacional, estatuidando que é aquele em que as partes tenham sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados Partes ou, ainda, aquele que tenha vinculação objetiva com mais de um Estado Parte (art. 1º). No seu âmbito de aplicação, incluem-se também, salvo disposição expressa em contrário ou reserva manifestada por ocasião da assinatura, ratificação ou adesão, os contratos celebrados entre Estados ou em que forem parte Estados ou entidades ou organismos estatais.

Entre os mais relevantes princípios consagrados pela Convenção, encontra-se o da autonomia da vontade das partes na escolha do direito aplicável. Tal escolha deve ser expressa ou ainda pode ser tácita, eis que o texto convencional permite que se deprecenda esta escolha da conduta dos contratantes e das cláusulas contratuais (art. 7º). Possibilita, ainda, a modificação superveniente da lei escolhida, desde que não afete a validade formal do contrato, nem direitos de terceiros (art. 8º).

Adota, subsidiariamente ao critério da *autonomia da vontade*, o critério de conexão dos *vinculos mais estreitos*. Assim, se as partes não escolherem o direito aplicável, na forma do artigo 7º, o contrato será regido pela lei do Estado com o qual mantenha os seus vinculos mais estreitos. Essa solução também foi adotada pela Convenção Européia sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, celebrada em Roma e vigente a partir de 1991 em 11 países europeus. Trata-se de um modo de determinação do direito aplicável mais moderno e diverso daqueles utilizados anteriormente na maioria dos países da América. A Argentina, o Uruguai e o Paraguai, por exemplo, em seus direitos domésticos, utilizam-se preponderantemente do *local de execução do contrato* como critério de determinação da lei aplicável. Já no direito brasileiro, o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, adota a *lei do lugar da celebração do contrato*. Ambos os critérios são considerados insatisfatórios nos dias de hoje, uma vez que obrigam o juiz a aplicar uma legislação que, no mais das vezes, pouca conexão possui com a relação jurídica em causa. Esta Convenção do México, como vê, transforma radicalmente o panorama.

⁸ Isso porque a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e a Convenção de Viena sobre a compra e venda internacional, não trazem, em seu bojo, uma definição do que seja o contrato internacional.

À diferença do disposto na Convenção de Roma, a *teoria da prestação característica* — que constitui diretriz para a determinação do *vinculo mais estreito*, acima mencionado, não encontrou acolhida na Convenção do México, apesar de constar do "Projeto de Tucson". Essa teoria, em síntese, complementa o princípio geral dos *vinculos mais estreitos* com uma presunção geral segundo a qual o contrato apresenta vinculos mais estreitos com o Estado em que a parte que executa a prestação característica do contrato tenha, no momento da conclusão da avença, a sua residência habitual ou sua administração central. Em determinados contratos, como o de compra e venda, a utilização das normas da Convenção de Roma levaria a determinar a lei aplicável como sendo a do lugar da residência habitual ou da administração central do vendedor — obrigada à entrega da coisa — posto que tal seria a prestação característica do contrato em questão (art. 4.2). Como se vê, tal critério em nada simplifica a tarefa do juiz e ainda, nas relações comerciais entre países industrializados e em desenvolvimento favorece a aplicação da lei dos primeiros àquelas situações jurídicas.

Foi então descartada esta solução pelos Estados participantes da CIDIP V, chegando-se à solução dos artigos 9 e 10, que dão maior liberdade de decisão ao magistrado, havendo, entretanto, critérios importantes para que se determine a lei aplicável ao contrato no texto convencional. Deixa ao tribunal que estiver tratando da relação jurídica a análise do que sejam os *vinculos mais estreitos*, para os fins de fixação do direito aplicável ao contrato. Contudo estabelece diretrizes para tal aferição, representadas por todos os elementos objetivos e subjetivos que emanam da relação jurídica em questão. Nesse processo, quando pertinentes, deverão ser levados em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais. Essa norma, aliás, partiu de proposta formulada pela Delegação dos E.E.U.U., que procurou assegurar a possibilidade de aplicação, pelo juiz nacional, da chamada *Lex Mercatoria*, cuja qualificação como ordem jurídica autônoma ainda pende de discussão, sobretudo frente aos ordenamentos estatais.

O artigo 10 da Convenção, portanto, em atitude progressista, consagra a utilização da *lex mercatoria*, ao dizer que são aplicáveis, quando pertinentes, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral. Isso quer dizer que os tribunais nacionais poderão utilizar, em seus julgamentos, não só as regras internas do ordenamento de um determinado país, mas também as práticas comerciais aceitas pelos contratantes, mesmo que não façam parte de um sistema jurídico nacional. Nesse sentido, a Convenção Interamericana acompanha outras manifestações internacionais, como as Regras sobre Arbitragem Comercial da UNICITRAL e a Convenção sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, firmada em Viena no ano de 1980, em vigor desde 1º de janeiro de 1988 e contando atualmente com 37 Estados partes. Ressalte-se igualmente a iniciativa do UNIDROIT sobre os Princípios Gerais da Obrigações Contratuais e as regras de outras organizações como a Câmara de Comércio Internacional em matéria de compra e venda internacional.

Um dos aspectos mais polêmicos da Convenção do México foi o da discussão sobre as regras referentes à aplicação de normas imperativas e à exceção de ordem pública. Sobre esses pontos, os delegados dos Estados presentes à Conferência não encontraram consenso imediato e, por tal razão, foram formadas pequenas comissões durante os trabalhos, que por fim alcançaram os resultados representados pelos artigos 11 e 18 do texto convencional. As normas do foro aplicar-se-ão quando se

revestirem de caráter imperativo e ficará à discrição do foro aplicar disposições imperativas do direito de outro Estado com o qual o contrato mantenha vínculos estreitos. Já a exclusão do direito designado pela Convenção só será possível se este for manifestamente contrário à ordem pública do foro.

Uma das grandes preocupações da Convenção do México foi a de preservar a existência e a validade do contrato, já que os arts. 12 e 13 estabelecem fórmulas de lei aplicável tendentes a esta finalidade. Estamos aqui diante de normas que expressamente se valem do *dépeçage* do contrato, no que diz respeito à determinação da capacidade das partes.

Outro ponto que mereceu a atenção dos delegados foi aquele relativo aos processos de integração, aliás em franca expansão nas Américas. Por tal razão, o artigo 20 preserva a aplicação de normas oriundas desses processos, sobre o mesmo objeto da Convenção. Isso quer dizer que os processos de integração em andamento, como por exemplo o Mercosul⁹ e o Nafta, poderão ainda produzir normas sobre o mesmo assunto.

O capítulo sexto, que trata das disposições finais (artigos 25 a 30), traz regras que são comuns às outras Convenções Interamericanas. Importante é o fato de a Convenção estar aberta à adesão de qualquer país, não somente aqueles membros OEA, bastando dois instrumentos de ratificação depositados na Secretaria-Geral da OEA para que entre em vigor.

4. Perspectivas de ratificação pelo Brasil

O Brasil foi um dos poucos países que levaram à Conferência uma delegação como poderes plenipotenciários, o que permitiu a assinatura das Convenções aprovadas no ato de seu encerramento. A partir de 1992 quase todas as Convenções Interamericanas firmadas pelo Brasil foram enviadas para o Congresso Nacional (apesar de algumas estarem assinadas desde 1975), e em 1994, três delas entraram em vigor.¹⁰ Há, ainda, a pressão exercida pelos demais países do Mercosul para que o Brasil as ratifique, a fim de que se promova a harmonização do Direito Internacional Privado no âmbito do que determina o Tratado de Assunção em seu artigo primeiro. Por isso, quer nos parecer que a convenção virá a ser ratificada pelo Congresso Nacional.

Outras razões igualmente contribuem para isso: o Brasil precisa compatibilizar sua legislação do comércio internacional com a dos demais países das Américas, especialmente aqueles que participam do Mercosul. Se tudo correr como previsto, também os Estados Unidos, Canadá e México ratificarão a Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, eis que suas respectivas delegações tiveram papel muito ativo na CIDIP V. Confirmando-se tal perspectiva, a referida Convenção será aplicável não somente aos países do Mercosul, como também àqueles integrantes no Nafta e do Pacto Andino. Assim, é do maior interesse para o Brasil que

⁹ Tratado para a Constituição de um mercado comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, doravante chamado de Tratado de Assunção, assinado em Assunção, no dia 26 de março de 1991. Para o texto, ver Barbosa, Rubens Antonio, *América Latina em perspectiva: A integração regional da retórica à realidade*, Ed. Aduaneiras, Rio de Janeiro, 1991. O Nafta, North American Free Trade Agreement é um Tratado entre o Canadá, Estados Unidos e México, para a criação de um zona de livre comércio.

¹⁰ Ver nota 2.

esta nova legislação seja uniformizada e aplicada de forma ampla por seus principais parceiros comerciais.

Não se pode, contudo, afirmar que o processo de ratificação seja instantâneo, e tem sido este um dos pontos de estrangulamento para o bom andamento das Convenções Interamericanas. A demora em ratificar esses instrumentos é uma característica não só do Brasil, mas também de outros países participantes do sistema da OEA.

É importante ressaltar que os trabalhos da Comissão I ocorreram dentro de um clima de entedimento que se reflete na simplicidade e harmonia do texto convencional. As decisões foram tomadas por consenso e havia um sentimento geral de satisfação com os resultados ao final da Conferência. Tudo isso pode contribuir para que a sua entrada em vigor ocorra em um lapso de tempo menor do que o decorrido para as outras convenções interamericanas.

5. A Convenção de suas conseqüências para a lei interna brasileira

Atualmente, no Direito Internacional Privado Brasileiro, o sistema vigente para a determinação da lei aplicável aos contratos internacionais é o do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, que não abraça, ao menos de forma clara e expressa a *teoria da autonomia da vontade*. Há muita discussão doutrinária e pouquíssima jurisprudência sobre o assunto, especulando-se se o princípio é ou não aceito de forma indireta no Brasil. A ratificação desta Convenção, certamente, fará com que o Direito Brasileiro adote, em face dos países signatários, o princípio da autonomia da vontade, consagrado na maior parte das legislações contemporâneas.

No entanto, não basta ratificar o presente texto. É preciso também modificar a lei interna para que o princípio possa ser aplicável a outras situações jurídicas semelhantes. A experiência oriunda da Convenção Européia, acima referida, nos relewa que os Estados Partes, além de firmarem a Convenção, de modo geral procedem no sentido de modificar a sua lei interna e torná-la compatível com o texto internacional. Não faria sentido o Brasil possuir uma Convenção moderna, aplicável somente aos contratos dos países membros, mantendo no direito interno regras diversas da lei interna, indubitavelmente restritivas. Exemplificando, teríamos a Convenção do México e suas normas, privilegiando a autonomia da vontade, aplicável a um contrato entre uma empresa brasileira e uma argentina, e, de outro lado, o artigo 9º da Lei de Introdução incidindo sobre outro contrato, entre uma empresa francesa e uma brasileira, seguindo a regra da *lex loci contractus*. Para que se possa finalmente modernizar o nosso Direito Internacional Privado em matéria obrigacional, mister seria a adoção das regras elencadas na Convenção do México também na lei interna.

Com relação a eventuais conflitos entre a lei interna e as normas desta Convenção, não existindo norma específica no direito positivo, exceto a do artigo 98 do Código Tributário Nacional, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a norma internacional posterior revoga a norma interna, quando aplicável. Assim, nas relações jurídicas firmadas entre contratantes estabelecidos nos Estados Partes da Convenção, será prevalente a norma convencional.

Podemos concluir que a ativa participação do Brasil neste importante forum jurídico internacional inaugura uma nova e promissora fase para a modernização do Direito Comercial Internacional no nosso país.

CONSIDERAÇÕES SOBRE AS ORIGENS DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Regina Quaresma*

Sumário
Explicações Introdutórias. Origens do Mandado de Injunção. A Injunção no Direito Inglês. A Injunção no Direito Americano. Algumas Conclusões.

1. Explicações Introdutórias

Nesse artigo, apresentaremos o estudo da genealogia de uma das garantias que o texto constitucional de 1988 estabeleceu para transformar em prática cotidiana os ideais basilares de democracia nele estabelecidos. Uma verdadeira ação que inova o ordenamento jurídico na problemática de realizar concretamente o direito: o mandado de injunção. Sendo um instituto que visa a garantir o cumprimento de preceitos constitucionais ainda não integrados por normas regulamentadoras que devem ser "produzidas" através de atuação direta do Poder Legislativo e/ou Executivo é a forma direta de controle das omissões do Poder Público. Em suma, é o instrumento para fazer cumprir, na prática, o desejo constituinte de democracia participativa (cidadania), consolidando o Estado Democrático de Direito, ou simplesmente um dos meios eficazes para transformar a "Constituição espetáculo" em Constituição de fato.

Buscaremos fixar as origens remotas do instituto que comprovam o alcance

* Mestre em Ciências Jurídicas pela FUC-Rio e professora no NPPG do Instituto Metodista Bennett.

ikkreal que pode atingir, atentando para a praticidade e a oxigenação que deve realmente garantir, transformando vigência em eficácia. Investigaremos "pistas" para solucionar o lastimável problema cultural que redunde em fazer "leis espetáculo", puramente retóricas e sem aplicabilidade de fato.

2. Origens do Mandado de Injunção

Verificaremos a genealogia do mandado de injunção brasileiro para melhor compreender os objetivos do *writ*¹. Primeiramente, recordaremos o surgimento e o desenvolvimento do *writ of injunction* no direito inglês e a seguir trataremos da sua origem norte-americana, justamente no intuito de embasar o entendimento de ter sido o mandado de injunção brasileiro inspirado no direito anglo-americano, para constatar que o fundamento do remédio reside na aplicação da equidade como instrumento do Poder Judiciário na superação da falta de regulamentação de uma norma constitucional.

O mandado de injunção é uma novidade constitucional, um instituto de origem estrangeira incorporado ao direito brasileiro. Isto, de certo modo, explica as controvertidas interpretações surgidas na Doutrina e Jurisprudência pátrias. Justamente por não possuir precedentes no nosso direito, se faz necessário investigar suas origens no Direito Estrangeiro.

Remanesce a divergência doutrinária sobre qual teria sido a fonte inspiradora do nosso mandado de injunção. Alinhamo-nos com os mestres que afirmam ter como fonte o *writ of injunction* do direito inglês e norte-americano. Assim, para nós, é no direito anglo-americano que repousam as origens remotas do nosso mandado de injunção, pois, tudo indica que o Constituinte originário brasileiro transplantou para o direito interno um instituto baseado na equidade do Direito. Uma análise da nova dicção constitucional comprova a tendência do constituinte de 1988 em conferir maiores poderes ao Poder Judiciário, como ocorre no direito anglo-americano. Parece-nos equívoco aceitar a tese de alguns doutrinadores que entendem ser o mandado de injunção instituto original (de criação brasileira), ou, ainda, um derivado da ação de inconstitucionalidade por omissão portuguesa — variante da ação de inconstitucionalidade por omissão alemã, como pretende o STF.²

¹ O vocábulo *writ* vem do verbo inglês *to write*, significando "escrito" na linguagem comum. A pesquisa histórica indica que as garantias requeridas na Inglaterra eram asseguradas pela expedição de uma *carta real*; isto explica porque para o mundo jurídico passou a significar ordem, no sentido de determinação de autoridade (imposição, proibição, etc.). É uma ação de garantia sumária de direitos. René David recorda que o aspecto "direito público" do direito inglês aparece na técnica particular do *writ*, que marca o começo da ação diante dos Tribunais. O *writ* não é apenas uma ordem para agir é uma ordem dada pelo Rei aos seus agentes, para que estes ordenem ao demandando agir de acordo com o direito, se recusar a obedecer, o demandante age contra ele, movendo-lhe uma ação que será justificada diante do tribunal real - para responder à desobediência da ordem real, ou seja, pública, administrativa. DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, 1ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 1986, pp.293/4.

² Sobre a primeira corrente (recepção do direito anglo-americano) ver, José Afonso da Silva. Curso de direito Constitucional Positivo, São Paulo, RT, 1989, pp.386/390 e Mandado de Injunção e Habeas Data, São Paulo, RT, 1989, pp.9/22; Galeno de Lacerda. Eficácia Imediata do Mandado de Injunção e Requisitos do Mandado de Injunção. in Seminário Sobre Novos Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira, CEPAD/Rio de Janeiro, Dez 1988; Helio Tornaghi. O Mandado de Injunção no Brasil, idem, Vicente Greco Filho. Tutela Constitucional das Liberdades, São Paulo, Ed. Saraiva, 1989 e Diomar Ackel Filho. *Writs*

2.1 A Injunção no Direito Inglês

Nos ensina a história que, no Direito Inglês, se deu fenômeno semelhante ao ocorrido em Roma por volta de 367 a.C.. Naqueles idos do Império Romano, o *jus civile* foi se desgastando, fazendo-se necessária a criação de outra forma de acesso à justiça. Surge, assim, o direito pretoriano para dar solução aos casos tradicionalmente insolúveis. Os pretores tinham o Poder (*imperium*) de fazer normas genéricas que solucionavam o caso concreto e tinham a validade mínima de um ano (*edictas*)³.

Na Inglaterra, nos primórdios da criação do direito anglo-saxão, a *Common Law*, (que remonta a 1066, com a substituição das Cortes Senhoriais pelos Tribunais Reais — ou de *Common Law*) sofreu o mesmo processo de desgaste e a solução encontrada foi a criação da Corte de *Equity*, que oferecia uma proteção mais abrangente e necessária aos direitos dos cidadãos.

A *Equity* foi um sistema jurídico gerado durante a dinastia dos Tudors (1485), para solucionar conflitos (litígios) surgidos entre indivíduos. Um sistema elaborado para ser comum a todo o reino inglês. Seu desenvolvimento se deu através das decisões dos Tribunais de *Westminster*. Na aplicação das normas costumeiras, fazia-se Jurisprudência⁴. O juiz, ao proferir uma sentença em um caso concreto, vinculava outros casos semelhantes, gerando um *precedent*, devendo os demais juizes (nos limites da justiça) manter o decidido.

A *Common Law* e a *Equity* foram aplicadas até 1873 por sistemas jurisdicionais diferentes: a primeira pelas *Courts of Common Law* e a segunda pela *Court of Chancery*. Em 1873, 1925 e 1971 houveram reformas judiciárias que, apesar das mudanças efetuadas no sistema, mantiveram a distinção entre a *Common Law* e a *Equity*⁵.

Constitucionais, São Paulo, Ed. Saraiva, 1988. Sobre a segunda (criação ou singularidade do direito brasileiro) v. Celso Ribeiro Bastos. Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990, Ives Gandra Martins. Comentários à Constituição do Brasil, São Paulo, Ed. Saraiva, 1989, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Ed. Saraiva, 1990, p.275 e Cretella Jr., Os *Writs* na Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989, p.100.. Já a terceira (recepção do direito português, variante da ação de inconstitucionalidade por omissão alemã) é defendida por Ademir Ferreira Maciel. Mandado de Injunção e Inconstitucionalidade por Omissão, Revista Forense, vol.304, p.11. e J.J.Calmon de Passos. Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas Data - Constituição e Processo, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989, pp.78/135.

³ BIONDO, Biondi. *istituzioni di Diritto Romano*, 2ª Ed., Milano, 1952, p.17.

⁴ O direito inglês obedece ao sistema da lei não escrita (*unwritten law*), engendrando um sistema não codificado. Sua Constituição fundamenta-se no costume e nas decisões jurisprudenciais - É um Direito Jurisprudencial (*case law*). Deve também respeitar os *Statues* (escritos), as *Constitutional Conventions* (normas constitucionais não escritas) e os *Bill e Acts* (escritos). Esta lei não escrita é justamente a *Common Law* ou a *Equity*. V., para maiores considerações sobre o Direito Inglês F.J. Wright. *British Constitution and Government*, 5ª Ed., Londres, Macdonald & Evans, 1973, p.458 e René David, ob. cit. pp. 283/391.

⁵ - Na atualidade, a Inglaterra possui um Judiciário com dois grupos de cortes: a Civil e a Criminal, tendo no topo do sistema a *Hight Court of Justice*, que compreende a *Cancery Division*, a *Queens Bench Division* e a *Family Division*. Registre-se uma tendência à unificação da *Common Law* com a *Equity*, a partir do *judicature act* (1873), quando fundiram-se as cortes de aplicação da justiça formando a *Hight Court of Justice*.

A equidade assenta-se na valoração judicial do caso, sendo a decisão fundamentada no justo natural, ou seja, é uma decisão pautada em valores jurídicos embasados nos princípios gerais do direito, no costume, nos hábitos, na tradição, etc. Num determinado momento, podemos dizer que é a decisão onde o juiz constrói uma norma para a proteção do direito. A *Equity*, nos conta José Afonso da Silva⁶, fundamenta a outorga de direito mediante a atuação discricionária de um juízo especial, quando há falta de regulamentação ou quando o sistema da *Common Law* não protege satisfatoriamente o direito da pessoa. É, assim, um direito criado pelo juiz para satisfazer direitos não regulamentados, e neste mister, em muito se assemelha ao que se pretende com o mandado de injunção pátrio.

Sobre o conceito de *Equity*, vejamos a definição do *Black's Law Dictionary*:

"Justice administered according to fairness as contrasted with the strictly formulated rules and principles which originated in England as an alternative to the harsh rules of Common Law and which were based on what was fair in a particular situation. One sought relief under this system in courts of Equity rather than in courts of law. The term Equity denotes the spirit and habit of fairness, justness, and right dealing which would regulate the intercourse of men with men. Gilles v. Department of Human Resources Development, 11 Cal.3d313, 113Cal. Rptr.374, 380, 521 p.2d 110.

Equity is a body of jurisprudence, or field of jurisdiction, differing in its origin, theory, and methods from the Common Law; though procedurally, in the federal courts and most state courts, equitable and legal rights are remedies are administered in the same court.

A system of jurisprudence collateral to, and in some respects independent of, "law"; the object of which is to render the administration of justice more complete, by affording relief where the courts of law are incompetent to give it, or to give it with effect, or by exercising certain branches

⁶ SILVA, José Afonso da. Mandado de Injunção e Habeas Data, RT, São Paulo, 1989, pp.9-52.

of jurisdiction independently of them."⁷.

Assim, explicando este conceito podemos definir que a *Equity* é um instrumento para assegurar direitos na falta de uma norma regulamentadora; um sistema de Jurisprudência suplementar, em alguns casos, independente da própria lei; na busca de uma justiça mais completa e abrangente. Na falta dos *statutes* (regulamentação), ou quando a *Common Law* não prevê o caso, o juízo discricionário da Chancelaria tem poderes para expedir o *writ of injunction*, regulamentando aquele caso específico. Entretanto, observe-se que o juiz decide segundo uma rígida pauta de valores sociais, na valoração judicial do caso e nos princípios de justiça material existentes, ou seja, não tem o arbítrio de criar normas próprias.

Nos sistemas jurídicos rígidos (de controle de constitucionalidade formalmente estabelecido), fundamentados na lei constitucionalmente firmada (como o nosso, romano-germânico) a equidade reduz-se a mais uma fonte do direito, mais um recurso na busca do direito e da justiça. Este é um bom argumento para sustentar a idéia de que o desejo Constituinte, quando formulou o mandado de injunção, era o de criar uma garantia funcional, para suprir, através do Judiciário (utilizando o juízo de equidade), a carência de regulamentação. A injunção seria uma ordem proibindo que a falta de norma regulamentadora inviabilizasse o exercício de direitos, ou seja, uma ordem visando evitar a inércia ou omissão do Poder competente para permitir a prática do direito constitucionalmente estabelecido, mas ainda dependente de regulamentação⁸.

A injunção é um remédio essencialmente de equidade, no sentido inglês do termo — sistema de estimativa social visando formular uma regra jurídica para um caso concreto. A palavra injunção, vem do latim *injunctioni*, do verbo *inungo*, que significa imposição ou ação de impor. Segundo *The Constitution Law Dictionary*, *injunction* significa:

"Uma ordem proibindo a parte de agir de um determinado modo, ou requerendo uma ação específica de outra parte. A injunção permite ao tribunal minimizar lesões sofridas por uma pessoa ou grupo de pessoas, até que o problema possa, de outra forma, ser resolvido ou ainda a injunção pode evitar lesões definitivamente. Não executar uma ordem de injunção

⁷ Black's Law Dictionary, 2ª Ed., 1979.

⁸ V. O caso de transplantes de órgãos humanos, AJURIS 44, nov. 1988, pp.134/143. Onde o Juiz Carlos Aurélio Mota de Souza explica: "...A *injunction* é ato proibitório expedido por Tribunal de equidade à parte contrária num processo...proibindo-lhe de fazer algo. Portanto, o mandado de injunção pode ser de caráter negativo (*prohibitory injunction* ou interdito proibitório) (...) ou positivo (*mandatory injunction*), ordenando que se execute obrigação imposta pelo direito-equidade. No modelo brasileiro, o pressuposto do mandado de injunção será a omissão, o comportamento negativo do Poder Público que se abstém do dever jurídico de criar condições para tornar aplicável uma norma legal autorizante."

acarreta desobediência judicial. Uma vez distribuída, ela pode ser anulada ou cassada." (livre tradução da autora) ⁹.

São inúmeros os significados do verbete *injunction*. Somente na Enciclopédia *American Jurisprudence* ocupa no vol. n.º 42, em letra miúda, 490 páginas, portanto, sintetizaremos o quanto seja possível. Na esteira do Dicionário Jurídico de Black, encontra-se a definição de que:

"A injunção é uma providência outorgada com base num juízo de equidade, a requerimento de uma parte, impondo à outra a obrigação de abster-se ou fazer com que as pessoas a ela subordinadas se abstenham da prática de um ato, ou cometendo-lhe a obrigação de praticar ou fazer com que se pratique ou se tolere um ato."

E Ainda:

*"Remédio proibitivo e equânime emitido ou concedido por um tribunal por solicitação de uma parte queixosa, dirigido a uma parte impetrada na ação, ou a uma parte que se tornou impetrada para aquele fim, proibindo esta última de praticar algum ato ou permitir que seus subordinados ou agentes o pratiquem, sendo este ato iníquo, prejudicial ao queixoso e que não possa ser adequadamente corrigido por ação legal. Processo judicial que opera "in personam" e exige que a pessoa a quem é dirigido faça ou se abstenha de fazer determinada coisa."*¹⁰.

⁹ No original: "An order prohibiting a party from acting in a particular way or requiring a specific action by a party. An injunction allows a court to minimize injury to a person or group until the matter can otherwise be resolved, or an injunction may prevent injury altogether. Failure to comply with an injunction is a contempt of court. Once issued, an injunction may be annulled or quashed". B.L.D., 1979, p.705. Ainda sobre o conceito v. *Encyclopedia Britannica*, v.12/155, Londres, William Bentou, Publisher, 1968, *Encyclopedia Americana* (international Edition), p.179 e OWEN, FISS. *Injunctions*, Ed. The Foundation Press, NY, 1972.

¹⁰ No original: "A prohibitive, equitable remedy issued or granted by a court at the suit of a party complainant, direct to a party defendant in the action, or to a party made a defendant for that purpose, forbidding the latter to some act, or to permit his servants or agents to do some act, which he is threatening or attempting to commit, or restraining him in the continuance thereof, such act being unjust and inequitable, injurious to the plaintiff, and not such as can be adequately redressed by an action at law. A

2.2 A injunção no Direito Americano

O Direito nos Estados Unidos da América do Norte pertence, por estrutura, à família da *Common Law*, sendo assim concebido essencialmente sob a forma de um Direito Jurisprudencial - elaborado na base de precedentes.

Introduzido nos EUA por volta de 1870, o *writ of injunction* preservou seu caráter de juízo de equidade. Inicialmente, foi uma medida utilizada para defender direitos subjetivos, no campo do direito privado, aumentando seu campo de atuação gradualmente para questões de Direito Público. O embasamento legal para garantir-se a concessão do remédio encontra-se na 14ª emenda constitucional, cuja primeira seção determina, *in verbis*:

"Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitos à sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei restringindo os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o processo legal regular; nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção da lei."

A proteção, como se vê, é tão ampla quanto se possa imaginar. A injunção é uma ordem judicial que pode ser expedida por qualquer tribunal. Conforme as circunstâncias do caso, o magistrado concede-a de acordo com sua consciência e se convencer-se de sua necessidade (obviamente dentro dos limites já citados). Esta abrangência justifica-se por ser um remédio extraordinário de proteção judicial. Serve para qualquer pessoa reivindicar direitos não previstos em lei e, para tanto, o impetrante deverá produzir provas, inclusive do perigo de prejuízo ou injustiça ¹¹.

Feita a prova e concedida a ordem de injunção, esta durará até que a demanda seja julgada no mérito, mas nada impede que o juiz retroceda na sua decisão e suspenda a ordem.

É um mandado concedido de acordo com as circunstâncias do *case* (caso

judicial process operating in personam, and requiring person to whom it is directed to do or refrain from doing a particular thing". Gainsburg v. Dodge, 193 Ark. 473, 101 S.W.2d 178,180. Fed. R. Civil p.65.

¹¹ É necessário que se prove a existência de *periculum in mora*. O instrumento assemelha-se ao nosso mandado de segurança, só que aqui, somente se acautela o previsto em lei (direito líquido e certo), lá, ao contrário, justamente por ser um remédio de equidade, depende da livre convicção do juiz. Outro detalhe a ressaltar é que se o dano puder ser reparado pecuniariamente, o caso não será de injunção.

individual), proibindo ou ordenando um ato que o tribunal considere essencial à justiça, ou seja, o que for decidido em sentença terá de ser executado mediante ordem para que a autoridade pratique ou se abstenha de determinada conduta. Em suma, a injunção é usada para obter um mandamento judicial de fazer ou não fazer alguma coisa.

Nos EUA, emprega-se o *writ of mandamus* para compelir qualquer autoridade a cumprir um preceito constitucionalmente garantido, enquanto o *writ of injunction* destina-se a proibir que a prática de determinado ato viole tais direitos.

São várias as modalidades de *injunction*, destacamos a positiva ou mandatória (*mandatory injunction*) - quando o juiz ordena que se execute a obrigação imposta pelo direito; e a negativa ou proibitória (*prohibitory injunction*), quando o juiz ordena que a parte não faça ato injusto ou contrário às normas ou direitos do promovente.

Verificamos que nos EUA existem, essencialmente, quatro tipos de *injunction*:

1. preliminar, temporária ou interlocutória - remédio provisório e cautelar que produz efeitos até o julgamento da ação; 2. preventiva ou proibitória - determina um não fazer; 3. mandatória - impede uma ação ou ordena a execução de um ato; 4. permanente ou perpétua - quando decide finalmente, no mérito a lide - sendo a outra face da preliminar¹².

No início de sua aplicação, a *injunction* era considerada medida cautelar, preliminar e temporária, entretanto, atualmente possui caráter definitivo e permanente. É possível que esta mudança tenha ocorrido em função do crescente número de ações de *injunction* objetivando proteger direitos constitucionalmente estabelecidos (direito de livre associação e de palavra, liberdade religiosa, acesso à educação, justiça, etc.) e não apenas, como no início, para solucionar casos particulares (relacionados à propriedade, contratos, etc.)¹³.

Celso Agrícola Barbi, na esteira de Oscar Rabasa, ensina que:

"... Naquele direito (anglo-americano) o instituto da injunção desempenha um grande papel, quer nos litígios entre particulares, para os quais foi criado, quer na matéria constitucional, a qual se estendeu

¹² V. BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil, Ed. Paz e Terra, 3ª ed., p.540, SANTOS, Ulderico Pires dos. Mandado de Injunção - Estudos e Considerações, São Paulo, ed. Paumape, 1988, pp.28/30 e CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira, O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1989, pp. 358/68. Que entre muitos ensinamentos, acrescenta: "O mandado de injunção brasileiro guarda íntima relação com a injunção regulatória (*regulatory injunction*) e também com a injunção estrutural (*structural injunction*) do processo constitucional nos EUA."

¹³ V. KUHN, Arthur. Principes de Droit Anglo-Américain, p.79 e SWENSON, in federal Administrative Law, NY, 1952, pp. 226 e 227 e José Afonso da Silva, ob. cit., p.13.

com o passar dos anos. Reveste-se de duas formas: 'prohibitory injunction', para vedar a prática de atos violadores de direito e a 'mandatory injunction', para ordenar a prática de atos cuja omissão viola direito. O descumprimento da 'injunction', pela negativa de obedecê-la, constitui 'contempt of court', isto é, desacato à corte, sancionando com prisão decretada em forma sumaríssima pelo tribunal." ¹⁴.

Para que não sobejem dúvidas, deixemos claro que, no direito norte-americano, a injunção tem um sentido negativo-proibitivo. É uma ordem proibitória, uma ordem de não fazer, conforme aponta José Afonso da Silva (ob. cit., p.12). Quando o caso é fazer, em sentido positivo, assume a denominação de *mandamus*. Cada ordem tem uma denominação e uma função diferente, vejamos alguns exemplos esclarecedores:

1. ordem expedida para que os jornais *New York Times* e *Washington Post* fossem impedidos de publicar papéis secretos do Pentágono, até posterior decisão da Justiça em relação ao litígio que os dois periódicos americanos moveram contra o governo americano com a finalidade de publicar documentos secretos do Departamento de Defesa do governo. Típica *interlocutory injunction* (403, v.s. 713: 1971).

2. Injunção expedida para permitir a frequência de crianças negras nas escolas norte-americanas contra as atitudes segregacionistas. Através desta *permanent injunction*, (*Brown V. Board of education of Topeka II* - 347 v.s. 294: 1955) a Suprema Corte determinou que as Cortes Federais, através de suas decisões baseadas nos princípios de equidade, fizessem um trabalho de construção jurisprudencial, oferecendo a tutela em casos ligados à educação de estudantes negros em escolas não segregadas.

3. No caso *Warner Brothers Picture Incorporated v. Nelson* (1937), a atriz Bette Davis, que contratou com a *Warner* cláusula de exclusividade, foi proibida, por injunção, de fazer filmes para qualquer outra companhia de cinema (durante a vigência daquele contrato). *Prohibitory injunction*, cf. José Afonso da Silva, (ob. cit., p.12).

4. Várias ações em defesa dos interesses difusos, proibindo a poluição, a veiculação inadequada de comunicações, etc. Casos de *mandatory injunction*.

Assim, podemos concluir que o mandado de injunção brasileiro possui o mesmo fundamento ético do *writ of injunction* anglo-americano. Entretanto, nos EUA, o *writ of injunction* é mais abrangente, sendo instrumento garantidor de inúmeros direitos. Deveras, observamos que a tutela é idêntica no âmbito dos direitos constitucionais, ou seja, neste mister têm os dois instrumentos (o estrangeiro e o brasileiro) objeto semelhante:

¹⁴ BARBI, Celso Agrícola. Proteção Processual dos Direitos Fundamentais, in Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro, Ed. Forense, nº 57, 1988, p.28 e RABASA, Oscar. El Derecho Anglo-Americano, 2ª ed., México, 1982, pp. 49/52, 212, 213, 640,641.

assegurar a eficácia, pela via jurisdicional, de direitos carentes de ação por parte dos Poderes públicos.

3. Algumas Conclusões

Não configuraria exagero afirmar que o texto constitucional de 1988 "gerou" o que podemos denominar Estado-Juiz, e o Poder Judiciário foi a Instituição eleita a proteger e os Direitos e Garantias Fundamentais. Entretanto, a atuação acanhada da maioria dos membros que integram a magistratura, apegados numa tradição Jurídico-Dogmática incoerente (não interferência formal entre os poderes) e conservadora, vem sepultando quaisquer possibilidades práticas de inovação.

Resta aguardar que não se confirme a tendência do Poder Judiciário de subsumir o novo ao antigo, recusando-se, a aplicar as inovações garantidoras de direitos e liberdades fundamentais até levá-las ao descrédito.

Introduzir o mandado de injunção entre nós foi uma tentativa de combater a estratégia jurídico-política "formal-liberal" que vem frustrando em cento e setenta anos de constitucionalismo as possibilidades do pleno e simples uso do princípio da maior eficácia ou simploriamente acessar a justiça à quem de direito.

Tendo por certo que o pretendido pelo Poder Constituinte foi gerar mecanismos processuais capazes de regulamentar as tensões emergentes na sociedade civil, é hora de verificar, no campo Jurídico-Político a plena eficácia que tais mecanismos vem obtendo na vida prática. Hoje, o mandado de injunção tem servido mais para declarar a auto-aplicabilidade de normas constitucionais nebulosas, ou para instrumentalizar o STF em sua arcaica e misteriosa prática de resolver não resolver, (vide a decisão no o "caso" da greve dos Servidores Públicos do Brasil - mandado de injunção nº 24-4 de 19/05/94) do que dar vida às normas carentes de regulamentação.

Portanto, o mandado de injunção vem sendo esvaziado progressivamente, passando, do início da vigente Constituição de um espetacular caminho para a concretização da cidadania, a instrumento subsidiário da inconstitucionalidade por omissão, *writ* que, por seu turno, obtém do Poder Judiciário uma decisão meramente declaratória e não é o instrumento adequado para assegurar o exercício de direitos. Então, caso não ocorra uma mudança na configuração do Poder Judiciário, como: findar a vitaliciedade do cargo de Ministro do STF ou institucionalizar-se algum tipo eficiente de controle do Poder, o mandado de injunção perderá por completo suas finalidades, neste sentido, é necessário estudar outra forma eficaz para a implementação dos Direitos Fundamentais.

O uso "correto", (proveitoso para o cidadão) do mandado de injunção depende da atuação mais madura e coerente dos impetrantes, e de uma necessária mudança no Poder Judiciário, no sentido da consolidação das liberdades públicas e do pleno exercício da cidadania no país.

O País que tanto se deseja, necessita de sentimento constitucional, mudança com participação popular; necessita que se respeite e dê eficácia aos institutos

constitucionalmente consagrados. Deve-se levar a sério o silêncio dos Poderes Públicos. Somente a confiança na Constituição, como instrumento garantidor da paz e segurança, fará de cada sujeito de direito um cidadão.

De pronto se nota a necessidade de reagir contra a cultura hipócrita do não decidir para não realizar ou banalizar a Constituição, de estudar como dar força/eficácia aos mecanismos de defesa contra as - até hoje suportadas - omissões públicas.

Deparamo-nos com um problema deveras maior, não basta fazer leis espetaculares, emocionantes, promissoras, ultra-modernas, se o texto fantástico colide com uma cultura conservadora e uma razão jurídico-dogmática pevertida, entranhada no "imaginário coletivo" do País, ou seja, por óbvio que pareça aqui afirmar, a mudança necessária não depende somente de leis boas, mas de um sistema afinado com essas leis. Percebemos claramente a existência de inúmeros dogmatismos arraigados na cultura "liberal" brasileira, tais como: o cidadão não tem o direito de exigir do Poder Judiciário que legisle. Ora, a maior sanção que este Poder poderia aplicar ao Parlamento omissor seria justamente fazer a lei, como ocorre no inspirador *writ of injunction*, solucionar, por equidade o caso concreto, até o órgão competente regulamentar a norma faltante, como inclusive indica a lei. Qual invasão inconcebível estaria o Judiciário a cometer? Entendemos, nenhuma!

A análise da nova dicção constitucional indica uma visível mudança, a necessidade de legalidade e moralidade na atuação do Estado e das Instituições governamentais. Assim, a capacidade reguladora dos novos *writs* dependerá da atuação positiva dos Tribunais, o STF como guardião tem que querer Constituição.

Aguarda-se que direitos passem do papel para a vida.

A Constituição precisa oxigenar-se, e o mandado de injunção é, ao nosso ver, o melhor instrumento para dar vida aos preceitos ali adormecidos.

Entretanto, isto não se dará magicamente, a CF/88 pretendeu dar uma nova feição ao Estado Brasileiro, modificar a ordem das coisas e não somos ingênuos em pensar que isto não acarretará embates de toda ordem, ora, os "choques" são pressupostos do exercício de Poder e da Democracia, não se deve chocar-se com eles!

A este respeito, avalia Canotilho:

"Bem andou a Constituição brasileira de 1988 quando, em termos criativos e inovatórios, consagrou o mandado de injunção (...) Deve, porém, haver serenidade bastante para reconhecer que os problemas metódicos e metodológicos subjacentes a um eventual mandado ou uma ação dirigida à obtenção de normas

*não desaparecem por encanto.*¹⁵

O Judiciário deve decidir concretizando o direito reclamado, impedido de exercício pela omissão normativa. É fundamental que seu órgão de cúpula não emperre os avanços legislativos, que tome as vestes que o Poder Constituinte lhe outorgou, deve querer concretizar a Constituição na prática, ou assumir democraticamente suas incapacidades, o que não pode é tolher, em nome de conservadorismos dogmáticos, o direito do cidadão que necessita e deseja uma Constituição eficaz, aplicável.

Do ponto de vista prático, parece que as oportunidades de uso do mandado de injunção não serão muito numerosas, porque o poder de atuação do juiz é culturalmente limitado. Cabe aos agentes que trabalham com a justiça o papel fundamental e criador, tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, a tomada de medida capaz de proteger o direito obstado. Grande é a responsabilidade do juiz, no sentido de não impedir o desenvolvimento do novo instituto por excesso de conservadorismo e aversão às novidades, e não prejudicá-lo pela concessão de medidas inviáveis e conflitantes com a realidade e com as funções dos outros poderes. Senão, ao impedir que o mandado de injunção concretize direitos e liberdades, o Supremo contribui para arquivar o futuro.

Assim perguntamos: de que adianta a crença no papel instituidor de legisladores carismáticos, de vanguardas iluminadas, ou de partidos-guia que retiram do alto de sua sabedoria as melhores leis a serem desconhecidas e inacessíveis pelas massas?

Se pretendemos realmente transformar a ordem vigente sem sacrificar a democracia, devemos tê-la como necessária, mas insuficiente. O *writ* aqui pesquisado necessita ser fortalecido institucionalmente, visto que possibilita o abandono às velhas saídas enganosas das elites e instrumentalizam o cidadão para a necessária novidade, a fim de sairmos das belas retóricas fabuladoras puramente fictícias, pois são meramente formais. Já estamos cansados, como percebeu Canotilho, de esperar que leis belas sejam suficientes para transformar o que urge ser transformado, e inspirados nele e em Chico Buarque de Holanda repetimos e questionamos: "Deus dará, Deus dará, e se Deus não der?"

¹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Tomemos a Sério o Silêncio do s Poderes Públicos - O Direito à Emissão de Normas Jurídicas e a Proteção Judicial Contra as Omissões Normativas, in *As Garantias do Cidadão na Justiça*, São Paulo, Saraiva, 1993, p.359.

A (DES) VENTURA DO OCIDENTE

Eleonora Freire Bourdette Ferreira*

"O Iluminismo, no sentido mais amplo do pensamento em contínuo progresso, sempre teve por alvo tolher o medo dos homens e torná-los senhores. Porém, toda a terra inteiramente iluminada brilha sob a luz de uma triunfante desventura."

Olgária Mattos

Esta aventura que visou tolher o medo aos homens tornando-os senhores de si e da natureza teve como marco fundamental a filosofia cartesiana e sua concepção de mundo.

Sua base impulsionadora foi uma profunda ruptura com uma visão do universo enquanto algo vivo e orgânico, vivenciado no entrelaçamento dos fenômenos naturais com a vida humana através de elos indissociáveis das representações espirituais com a matéria. Passando a ser considerado uma máquina perfeita tradutora da ordem divina e passível de ser apreendida em sua estrutura matemática e controlada pelo homem.

* Aluna do Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-Rio.

O medo da supremacia das forças naturais, esta incansável fonte de angústia para o homem, passou a ser dominado através da aceitação de um novo mito — a **certeza e infalibilidade do conhecimento científico** — espantando os gestos coléricos dos feiticeiros e, com eles, todos os aspectos sagrados e mágicos da relação homem-universo, transformado em realidade quantitativa e mecânica.

Neste imenso relógio comandado por Deus, o sentido da liberdade humana passou a ser indissociável do conhecimento científico da materialidade exterior, aliado ao controle dos movimentos pulsionais no interior do homem.

A passagem pela porta estreita da liberdade passou a exigir a transfiguração humana em um sujeito do conhecimento capaz de controlar e manipular as leis que regem o mundo. Tornando-se, esta, a principal postulação de sua subjetividade, como caminho do reencontro com a essência divina na terra.

Diante do mal-estar provocado pela incerteza, transitoriedade, mutabilidade, desordem, sensações, acasos, imaginações, criou-se uma dimensão do eterno (menos dependente da transcendência) com a fixação de um ponto de estabilidade, equilíbrio e segurança — a razão humana conduzida por um método capaz de garantir idéias claras e distintas e um mundo material onde tudo pode ser explicado em função da organização e do movimento de suas partes — ponto de fuga do sofrimento e da salvação na terra à disposição do homem.

Lançou-se ao espírito humano um novo desafio: somente acreditar e guiar-se por "aquelas coisas que são perfeitamente conhecidas e sobre as quais não pode haver dúvidas".¹ Relacionando-se utilitariamente com a materialidade circundante e controlando suas fontes internas de incerteza e confusão. O desafio de um duplo movimento de desencantamento da vida:

"O espírito humano permanece sempre um, sempre o mesmo, por diversos que sejam os objetos aos quais ele se aplica, e não se modifica a partir desses objetos, assim com a luz do sol não se transforma pela variedade das coisas que ele ilumina."

Descartes²

A liberdade humana, expressa na criação e realização de sentidos diversos para a vida, foi impregnada por um resíduo contraditório, traduzindo seu conteúdo na aceitação de "verdades" capazes de garantir a "ordem", reduzindo a errância humana ao fim que visa a apreensão da evidência do critério único, desencorajando sua potência criadora e instituinte.

¹ Matos, O.C.F. (1993)

² Ibidem.

Esta nova maneira de estar no mundo e na vida através unicamente do sentido da ordem deu-se pela insistente contraposição entre verdade x falsidade, realidade x sombra, razão x acaso; devendo o homem para sua segurança situar-se ao lado da verdade, realidade e razão; entendendo a desordem ou o acaso como aparências identificadas por um olhar doentamente desatento conjuntamente com pensamentos não conduzidos de forma metódica e sistemática; purificando-se do acaso através do perfeito e exato enquadramento dos fenômenos naturais em fórmulas racionais.

Nasceu uma obsessão pela ordem relacionada com a busca da eternidade e imutabilidade divinas, devendo a penosa e frágil mutabilidade humana ser vencida no supremo uso correto do *logos*, viabilizando o encontro entre a "luz natural" e a "luz divina" a partir da perfeição manifestada pelo domínio da verdade, iluminando e existência humana na terra.

A questão da ordem foi reenviada tanto para a natureza quanto para o próprio homem, circunscrevendo-se, simultaneamente, à geometria divina e às necessidades humanas em atingir determinados fins e consequências previstos; permitindo a ilusão de dominar a natureza e conduzir a vida sem contrariar Deus.

"A ordem da natureza é uma tal disposição das coisas que determina mecanicamente certas consequências, a ordem do Homem é uma tal disposição dada às coisas que possibilita de maneira deliberada e voluntária certos resultados."

Descartes³

"Vemos relógios, fontes artificiais, moinhos e outras máquinas semelhantes que, embora meramente feitas pelo homem, têm, não obstante, o poder de se moverem por si mesmas de muitas maneiras diferentes [...]. Não reconheço qualquer diferença entre as máquinas feitas por artifices e os vários corpos que só a natureza pode criar."

Descartes⁴

Com esta nova concepção do mundo colocou-se o homem frente a necessidade de adquirir meios eficazes de encontrar a ordem na natureza e de dar ordem ao sentido de sua vida. Devendo afastar-se das perturbadoras fontes de incertezas e confusões, tidas como inimigas deste novo projeto.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

É neste aspecto que percebemos a importância da cisão entre corpo e mente, matéria e espírito, devendo estar separados por serem fundamentalmente diferentes, apesar de terem a mesma origem criadora — "não há nada no conceito de corpo que pertença à mente, e nada na idéia de mente que pertença ao corpo" (Descartes)⁵ — ; considerando-se todas as fontes de confusão e insegurança ligadas ao corpo, já que é este que sente, percebe, sonha, imagina e delira.

Passa o homem a ter que lutar pela manutenção desta cisão, tendo que romper voluntariamente com o sensível, os sentimentos e as imaginações vinculados à sua experiência, aceitando o ponto fixo da razão.

Isto porque o domínio da materialidade externa só é possível com o controle voluntário das fontes de imprevisibilidade e conflito existentes no próprio homem, pois não permitem sequer a certeza se o homem encontra-se acordado, sonhando ou delirando, mergulhando-o num tal estado de confusão capaz de promover a dissolução de sua auto-consciência, do sentido da identidade do eu, através de experiências encantatórias.

Para conquistar o domínio destas fontes deverá o homem conhecer a si mesmo e exorcizar a infância, esta usurpadora demoníaca da pura supremacia do *logos*. Pois, envolto no véu da infância experimenta o mundo e a vida enquanto sonho e, as sensações, imagens e fantasias tornam-se realidade numa insistência macabra em unir corpo e alma, unindo sonho e vigília, fantasia e realidade.

"O esquema mental da infância é essencialmente confuso, expressando um estado no qual o que pertence ao espírito se encontra confundido com que pertence ao corpo."

Descartes⁶

Esta feiticeira oculta tem que ser punida e eliminada pelo fogo vitorioso e voluntário do uso adequado do *logos*, único procedimento capaz de dar certeza ao homem de estar acordado, por exigir-lhe que esteja atento, concentrado, conduzindo-se metodicamente para alcançar idéias claras e distintas e a própria verdade.

Desta maneira poderá garantir o conhecimento e a manipulação do universo, a fixação da identidade do eu e a ligação com Deus. Os exatos três pontos que configuram o espaço triangular da estabilidade, identidade e permanência, onde situa-se o baricentro da felicidade humana. Consolidando

"...uma racionalidade para a qual conhecer é, analogicamente à magia (que pretende dominar o objeto a distância, sem entrar em contato direto

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

com ele, graças ao poder da imagem), se por em afinidade com a essência das coisas,"

Olgária Mattos⁷

desprestigiando toda outra forma de conhecimento através da purificação da alma humana de toda errância, permitindo-lhe transcender o acaso, a imprevisibilidade, a confusão, o conflito e o sofrimento, reencontrando a tranquila segurança do eterno expressa na ordem.

Enfim, lutando voluntária e tenazmente pela morte da "infância" e vitória do *logos* — "Penso, logo existo" — aceitando a redução da essência humana ao pensamento, única certeza de sua existência. No século seguinte, o iluminismo persistiu e ampliou a trilha aberta por esta filosofia e concepção de mundo.

Veiculou no cenário da vida social uma nítida relação entre autonomia, liberdade e emancipação do homem ao uso pleno e puro de sua potência racional — esta, deveria continuar sendo desembaraçada das possíveis armadilhas atrofiantes; sendo, conjuntamente com o conhecimento científico, o motor do desencantamento da vida.

Seu eco ampliou o mito da racionalidade, convocando os indivíduos a romperem todas as amarras da tradição: ousem, oh! mônadas racionais. Derrubem seus inúteis altares, abandonem seus ilusórios Deuses, riam de seus mitos, persigam bruxas e magos, desafiam-se de suas torpes superstições, controlem suas paixões e afetos, desconfiem de suas cambiantes imaginações, esqueçam ao acordarem de seus sonhos e ao dormirem de suas lembranças. Ousem afugentar todas as sombras encantatórias, para que triunfe a luz da razão e com ela, o caminho infalível da libertação e felicidade. Tenham coragem, oh mônadas racionais de matar a contra-face "infantil".

Escolheu como alvo de sua luta a religião, na medida que era forte aliada do despotismo, e passou a ser interpretada como principal estímulo à infantilização, fanatismo e obscurantismo do homem. Um obstáculo à inadiável tarefa de conduzir-se por sua razão e construir uma ordem racional perfeita, tradutora de sua emancipação.

Enraizou-se mais profundamente a opção em considerar as outras formas de conhecimento através do ocultismo, da magia, a intuição, como idealizações fantasiosas de almas infantilmente imaginativas; bem como, a própria afetividade, sentimentos e paixões foram tratadas com desconfiança, já que potencialmente poderiam ser canalizadas por movimentos religiosos e superstições fanáticas, conservadoras da tradição.

O meio capaz de libertar a razão humana de sua cegueira infantil, mais do que nunca, passou a ser o conhecimento científico.

Acreditou-se aguerridamente nos milagres da educação. Seria ela capaz de afugentar o obscurantismo, dissipando as criações imaginárias, tendo como referencial único de seu procedimento o método científico e a sede em atingir a verdade. O verdadeiro milagre

⁷ Ibid.

em conhecer e controlar para seus fins as cadeias mecânicas do universo newtoniano, emancipando e libertando o gênero humano.

"O racionalismo implicava, negativamente, o desencantamento, a crítica da religião, da tradição [...]. Positivamente, implicava a fé na razão, em sua capacidade de fundar uma ordem racional, e na ciência, como instância habilitada a sacudir o jugo do obscurantismo e a transformar a natureza a fim de satisfazer as necessidades materiais dos homens. Nesses termos, emancipar significava racionalizar."

Rouanet³

Este longo processo de desencantamento e fé na razão durante estes séculos vem sustentando uma profunda redução da realidade, da própria vida, dificultando em sua atual desventura, a instituição do radicalmente novo.

Passou-se a considerar que somente aquilo que pode ser representado na consciência dos sujeitos de conhecimento é real e que a totalidade da realidade é representável. O real e o racional se confundiram e, tudo o que existe é passível de adequar-se aos conceitos racionais.

Nesta confusão o homem foi reduzido à dimensão de um sujeito do saber e da técnica, instrumentalizando suas relações com a natureza e muitos aspectos de sua vida social. É o triunfo da razão instrumental e da paralisia na criação de novos sentidos para a vida humana, negação da liberdade e da história.

Acontece que o real é mais amplo e complexo. A realidade é uma forma do ser, é um estado histórico e transitório onde se relacionam ordem e caos, expressando-se não apenas em sentidos objetivados e concretos, mas também mediante múltiplas e contraditórias representações reais e imaginárias.

Aquele real posto, ordenado e acabado, o "livro aberto" ao conhecimento de suas leis e passível de absoluto controle e manipulação humana é uma ilusão. Só uma parte da realidade é, de fato, controlável pelo homem.

A realidade é múltipla, interligada, interdependente, ordenada, caótica; também é histórica e pluralmente condicionada, parcialmente instituída por múltiplos sujeitos que a vivem, representam, simbolizam.

O homem faz história não somente através de conceitos racionais, mas também, com suas percepções, sensações, imaginações, intuições e sonhos. Mostrando que não existe uma realidade em si — a realidade. Ela é sempre uma realidade para alguém, um

³ Rouanet, S. P. p. 97 (1993)

grupo de indivíduos, uma comunidade cultural, que criam e compartilham entre si o sentido dessa realidade.

Além disto, o real também comporta o ainda não manifesto, não realizado, mas latente. Contém o que é potencial, aquilo que ainda não é, mas que pode vir a ser; pertence-lhe a própria utopia.

O mito da racionalidade baseia-se na aceitação da existência de verdades únicas, necessárias e universais produzidas por uma forma de conhecimento que nega as idéias providas da imaginação, porque não se enquadram ao critério da exatidão e da ordem. Reduz o próprio conhecimento por considerar que só é verdadeiro aquele que é fruto da atividade demonstrativa da razão.

Todas estas reduções apontam a perda da dimensão rica e complexa da natureza conflitiva do homem e da realidade. A própria pluralidade da função reflexiva da inteligência humana é negligenciada por uma atitude que relega o conhecimento sensível, intuitivo e imaginativo ao lugar topográfico onde são esquecidas as coisas tidas como secundárias.

Acontece que o inconsciente humano é uma fonte diversa, complexa e essencial do comportamento, estando bem distante de ser uma estrutura secundária passível de controle. A consciência do homem é apenas uma finíssima camada sobre seu vasto domínio onde pulsam poderosas forças, que interferem na produção de sentidos da própria realidade.

É insuficiente a atitude que, apenas, aceita a existência do mesmo. Ela deve ser ampliada admitindo-se sua potência enquanto um dado da realidade, que nos faz conviver com agenciamentos ricos em imprevisibilidade.

O próprio olhar humano não deve continuar a ser confundido com o olho físico. O olhar humano é riquíssimo, pois sempre mediado por sentidos não necessária ou unicamente racionais, além de ser produzido social e culturalmente. É um olhar que insistentemente cria os seus objetos, que sonha, imagina, deseja e intui. Ele é mágico, plural, conflitivo e bem diverso do frio e rígido olho fotográfico.

A linguagem humana não pode ser distorcida e reduzida à circulação de "informações corretas" sobre a realidade. Sua viagem vai além da denotação, da palavra, da descrição e da análise, comportando a conotação, a criação e instituição de múltiplos sentidos desconhecidos.

Tais sentidos não podem continuar a ser aprisionados, implodidos ou reintegrados no insistente esquema binário da verdade x falsidade, racionalidade x irracionalidade, certeza x incerteza; minando-se o poder de evocação, sugestão, surpresa, susto e desequilíbrio. Aquele poder de dizer sobre uma mesma coisa ou experiência por diversificadas e irredutíveis maneiras.

O enclausuramento da linguagem pelo critério da verdade produzida racionalmente é a própria morte da linguagem. Acaba nascendo um violento silêncio em tantas informações, que não permite a evocação e surpresa de outro sentido, mas o eco monótono do mesmo. É a morte na repetição e aceitação do mesmo, do único, do certo, do verdadeiro. É a perda da dimensão do próprio tempo.

*"O homem fala do mundo apropriando-se dele de alguma forma, vivendo-o, fazendo-se nesse mesmo mundo. Essa apropriação, a nível sensível e intelectual nunca é cópia do mundo. A conotação abre espaço para uma multiplicidade de significações, de opções, que não se prendem ou esgotam no critério da verdade."*⁹

A atitude cientificista que traduz a crítica ao racionalismo enquanto uma apologia da irracionalidade, é mais uma vez redutora. Não se trata de um fetiche da irracionalidade contrapondo-se ao fetiche da racionalidade. Nos confrontamos com o desafio de recuperar o próprio sentido do agir humano, de sua potencialidade histórica e de, para isso, reconhecer que ele nem sempre é comandado pela razão.

Tal atitude impede a percepção de que o mito do racionalismo e da ordem perfeita está sendo insistentemente abalado por diversas formas de irracionalismo expressas em múltiplas manifestações de violência, atrocidade, destruições e na ameaça da própria continuidade da vida no planeta terra. Talvez seja a linguagem de Tânatos nos dizendo que a organização da vida humana que tem como substrato a máxima — Penso, logo existo —, simplesmente faliu. Na realidade o gozo da fundação de uma ordem social racional e do domínio de uma natureza vista enquanto escrava e à disposição das necessidades humanas, está realizando esta triste desventura da negação da própria vida, tornando insuportável e temível o mal-estar desta civilização.

Os homens, segundo George Sorel, agem muito mais por uma adesão emocional a certos mitos capazes de mobilizarem intensas forças, por darem conta de "um futuro fictício e de um passado fabulizado".¹⁰

Os mitos possuem esse poder, porque podem resolver através de imagens mobilizadoras situações de angústia, medo e de faltas humanas. São capazes de interferir em profundas contradições no jogo da vida e morte e, o fazem de forma criativa e sedutora.

Um ótimo exemplo é o próprio mito da ciência, criado e aceito através da significação de que o medo e a angústia humanas serão resolvidos satisfatoriamente quando nada mais for estranho ao homem. Tudo é passível de ser conhecido, controlado e

⁹ Teves, N. (1992)

¹⁰ Ibidem.

manipulado para fins estabelecidos pelos homens, desencantando o mundo através da promessa do controle absoluto da realidade.

Acontece que os mitos também morrem. Eles só se mantêm enquanto preenchem significativamente uma falta, viabilizando um impulso de auto-conservação. Se não se sustentam neste sentido simbólico, são passíveis de virarem ruínas.

O desmerecimento da imaginação simbólica pelo culto ao racionalismo não lhe retira sua potência. Ela persiste por sua capacidade em mediar conflitos entre a lógica e a sensibilidade. É através da simbolização que o homem faz surgir o indizível; evocando, conhecendo e recriando, através dessa imaginação ele se relaciona com o desconhecido, imprevisível e não controlável, confrontando-se com a dimensão do não realizado.

Também o sagrado faz parte da realidade, não sendo, necessariamente, uma vivência infantil, atrasada e conservadora. Pode inserir-se em agenciamentos criativos, mobilizando sonhos, desejos e esperanças humanas que não cabem nas expressões lógico-racionais.

Hoje, a euforia cientificista e a ética materialista que lhe acompanha estão sendo contrapostas através de novas experiências místicas e religiosas.

Segundo Boff,

*"... nota-se hoje um fenômeno universal e inquestionável: o religioso e o místico estão de volta. Os filhos do saber crítico e científico estão se tornando religiosos e místicos. Isto tem que ser visto como uma mudança cultural."*¹¹

Para sentir esta mudança cultural deve-se abrir ao significado da religião, já que esta vive fora do cerco racionalista, não sendo captada por sua linguagem conceitual.

Perceber que o seu substrato é o imaginário, o afeto, o desejo. Ter em conta o fato de que a ciência liga e relaciona o homem às coisas, preocupando-se e indagando-se como são as mesmas; mas, através da religião os homens buscam ligar-se entre si e viverem o sentimento de vida e criação. Esta vivência humana sinaliza que para os homens é insuficiente estarem ligados somente às coisas, mesmo que aceitem, aparentemente, a ética materialista da satisfação de suas necessidades materiais através do poder de consumo e acúmulo de bens.

A mística transcende o como e as coisas, alimentando-se do sentimento de que o mundo existe e preocupando-se com os amplos caminhos da vida. Relaciona-se com o sentido de integração, manutenção e expansão da vida, lidando com as dúvidas e problemas existenciais que dizem respeito à sua essência. Amplia-se no despojamento do cálculo, do interesse e do poder, através do florescimento do espírito de fineza que

¹¹ Revista Ecologia, Religião, Sociedade (1992)

"... é uma atitude de simpatia fundamental, uma capacidade básica de sentir os outros em sua situação concreta. Pelo espírito de fineza nos descobrimos a nós mesmos como vulneráveis. Somos afetados pelos outros e podemos afetá-los."¹²

O seu órgão é o coração.

Esta experiência difere, profundamente, do espírito científico. Se este acredita e faz crer não ter nada sobre o que calar, a mística vive num silêncio que transborda em afetividade e intuição. Sua linguagem provém musicalmente do coração, liga-se à totalidade cósmica e a tudo que signifique vida.

Este novo fenômeno não deve, apressadamente, ser reduzido a uma nefasta ressacralização ou regressão. Ele, também, traz uma novidade: uma tendência de afastamento da medição religiosa institucionalizada que, somente, fala de Deus. O que as pessoas querem é experimentar Deus, o sentido da criação e da vida, inserindo-se numa busca que se relaciona potencialmente com a utopia.

Esta mudança traz o significado de uma certa insatisfação com a redução da religião ao rito, culto e doutrinação. Começa a surgir um outro discurso sobre o mundo e a vida, inserido em uma nova cosmologia e no nascimento de sentidos outros para a liberdade. Deve-se captar através de seu simbolismo o desejo de luta, resistência e vontade de transformação, contrapondo-se à viciada interpretação de conformismo, alienação, patologia, infantilismo ou fanatismo.

Neste sentido, Boff nos convida a perceber este fenômeno enquanto uma mudança cultural. Seu significado é o de prover uma resistência à cosmologia instituída a partir da filosofia cartesiana e da visão newtoniana do universo, que dividiram a vida em duas metades: o mundo da matéria e o mundo do espírito.

"... uma cosmologia que não comporta o interesse pela vida humana na sua unicidade de realização; porque só passou a se interessar por aquilo que é mensurável, fragmentando o homem e a vida."¹³

A onda mística está nos dizendo da possibilidade de criação de uma outra cosmologia e relaciona-se com as próprias transformações advindas a partir da física quântica e da Teoria da Relatividade, aos fenômenos da globalização e da interdependência, aos indícios de expansão de uma consciência ecológica, ao sentido de unidade e multiplicidade da

¹² Boff, L. (1993)

¹³ Revista *Ecologia, Religião, Sociedade* (1992)

vida. Portanto, insere-se com sua linguagem e vivências próprias, num processo mais amplo e complexo de metamorfose cultural:

"A nova cosmologia projeta uma visão do mundo unificado mas não hierarquizado, orgânico, holístico, feminino-masculino e espiritual. Os seres, isso é particularmente convincente a partir da física quântica e da teoria da relatividade ampliada, não estão justapostos e desarticulados. Tudo se encontra profundamente em relação entre si. A própria matéria representa uma das cristalizações possíveis da energia. Mais do que falar de corpo e alma, matéria e espírito, prefere-se falar, consequentemente de energia — de vida."¹⁴

O que vem mobilizando esta nova experiência religiosa é um sentido profundo de fé e esperança no que ainda não aconteceu, naquilo que pode vir a ser. Interliga-se ao sentido de comunhão e defesa da vida, simbolizando o esgotamento de uma ética materialista fundada no valor instrumental do uso, no domínio da natureza e coisificação dos homens, na atitude egoísta da fruição imediata e nada solidária do presente.

Alimenta a criação de uma ética de solidariedade e da defesa da vida, fundada na noção de que a realidade é muito maior que nossa razão e desejo de domínio através do conhecimento e da aceitação de que o ser humano é bem mais amplo do que todos os sistemas criados para compreendê-lo.

Uma atitude mística que rompe com a lógica quantitativa através de uma ligação ao cosmos no silêncio que busca experimentar Deus em si, retirando energias em repúdio à violência e destruição física, mental e social; afirmando e atualizando o sentido da vida.

Consideramos que hoje coloca-se frente a qualquer proposta e experiência educacional um desafio: renovar-se enquanto um dos veículos liberalizadores de potencialidades psicossociais não manifestadas em defesa da vida e da criação do próprio futuro. Ser capaz de restaurar ao pensamento simbólico um poder legítimo sobre o real, conciliando-o com uma nova ética e com o conhecimento científico. Capaz de agenciar rupturas aos impasses gerados pelo mito da racionalidade e da ordem perfeita.

Uma nova epistemologia capaz de incorporar as profundas transformações no próprio entendimento das dimensões biofísica e mental, lidando com as noções de caos, interligação e interdependência essencial entre os fenômenos físicos, psicológicos, sociais e culturais. Alimentando-se da capacidade da imaginação radical mobilizadora do não realizado e do próprio tempo. Despreocupando-se em tolher o medo aos homens e torná-los senhores; ao

¹⁴ *Ibidem.*

contrário, ajudá-los a perceber sua vulnerabilidade e dependência dos outros e de todos os seres da natureza, transcender esta triunfante desventura expressa na negação da vida.

Talvez um bom começo seja a inversão da máxima cartesiana — "Penso, logo existo". Uma ruptura inicial que passe a considerar que:

— Existo: logo respiro, danço, me alimento, penso, rio, choro, imagino, rezo, sonho, desejo, intuo, amo, sinto medo...

BIBLIOGRAFIA

. BOFF, Leonardo. *Ecologia, Mundialização, Espiritualidade*. São Paulo, Editora Ática, 1993.

. MATOS, Olgária C.F. *O iluminismo Visionário: Benjamin, leitor de Descartes e Kant*. São Paulo, Editora Brasiliense, 1993.

. ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. São Paulo, Companhia das Letras, 1993.

. TEVES, Nilga (org.). *Imaginário Social e Educação*. Rio de Janeiro, Gryphus, 1992.

. *REVISTA ECOLOGIA, RELIGIÃO, SOCIEDADE*. Leilah Landem e Héctor Ricardo Lewis (org.). *Comunicações do ISER*, nº 43, ano 11, 1992.

DEMOCRACIA SEMIDIRETA NO BRASIL. PLEBISCITO, REFERENDO, INICIATIVA POPULAR LEGISLATIVA. TEOR COMUNICATIVO E PROCEDIMENTO*

Adrian Sgarbi e
Christianne Cotrim Assad**

1. A Era das Revoluções, como intitulada por ERIC J. HOBSBAWM (1789-1848)¹, passou de decênio em decênio quase que como um presságio do que haveria de ser o problema da legitimação no Estado moderno. Assim foi que, nos idos do século XIX, das estruturas do Estado acometido pela junção dos direitos democráticos e individuais — estes, calcados na liberdade individual, política e econômica burguesa, aqueles na participação no poder e na riqueza social produzida — tivemos o nascimento de uma nova ordem política, de origem dualista, de direitos fundamentais antinômicos². NORBERTO BOBBIO, em certa passagem³, ensina que o problema do poder é o alfa e o ômega da teoria política: como o poder é adquirido, como é conservado e perdido, como é exercido, como é defendido e como é possível defender-se contra ele. E acrescenta que o mesmo pode ser considerado de dois pontos de vista diferentes, ou mesmo, opostos: *ex parte principis* ou *ex parte populi*. Convém advertir, contudo, que partiremos do último; não que o primeiro seja menos importante, mas, sim, por mera opção, até porque tangenciaremos, certamente, aquele outro. Em última análise, o objeto do ensaio se circunscreve no art. 14 incs. I, II e III da Constituição Federal e no modelo de "democracia participativa" que ali parece espelhar.

* Trabalho apresentado na 46ª Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) em Vitória (ES), Julho de 1994.

** Graduandos do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio e Bolsistas de Iniciação Científica/CNPq orientados pelo Prof. Adriano Pilatti.

¹ HOBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluções 1789-1848*, 8ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, *passim*.

² Tanto os direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades (ou seja, obrigações puramente negativas implicando abstenções de comportamento do Estado), como também os chamados direitos democráticos ou sociais, que consistem em poderes (ou seja, obrigações positivas que exigem uma intervenção do Estado para sua efetivação), se realizados integral e absolutamente, impedem o desenvolvimento paralelo recíproco. Cf. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 21-2.

³ *Id. ibid.* p. 143.

Um dos pontos principais de nossa reflexão situa-se na passagem do inteiro *zoom politikon* da Grécia antiga que, estruturalmente escravagista, permitia contínua atenção aos assuntos da pólis, para o *homo aeconomicus*. O homem moderno é "homem massa",⁴ sujeito à "indústria cultural"⁵, diferente do homem ateniense que voltava esforços para a faina administrativa e aos problemas do governo. Ademais, não sendo mais Estado-cidade de outros tempos, o Estado moderno é Estado-nação⁶ de larga base territorial e de formação populacional diversificada. Como bem se compreende, todos esses acontecimentos contribuíram para a modificação de vários sistemas políticos. Dado que todo fenômeno jurídico, antes mesmo de sê-lo, é fenômeno social, não causa estranheza o fato de que a mudança dos sistemas democráticos, de participativos puros a representativos puros, e, destes, para semidiretos, implique em substancial impacto na seara jurídica.

Em alguns itens que se vão seguir, trataremos, ora de passagem, ora diretamente, o que foi acima sucintamente descrito. De início, ocupamo-nos da conceituação mínima de democracia, colimando apresentar os cercos das regras do jogo democrático; sob sua feição, cuidaremos de sua tipologia, e, tendo em vista as contribuições dos principais estudiosos da matéria, problematizá-la. Após análise do histórico da democracia semidireta no Brasil, e antes de ingressarmos na casuística das primeiras experiências participativas ocorridas no País, grafamos, com relato, os debates jungidos ao tema, quando da efervescência na Assembléia Nacional Constituinte. Convencidos que estamos da necessidade e importância do exame de tais práticas em outros ordenamentos para, aprimorarmos o nosso, sopesando acertos e desacertos, que trazemos a lume, por fim, o Direito Comparado. Isto será, talvez, satisfatório como apresentação sumária dos contornos da democracia semidireta ou participativa até a conjuntura hodierna.

É o que se segue.

2. Conceituar minimamente democracia não é tarefa fácil. De nada vale entender de forma tão restrita que torne inviável o enquadramento de realidades, como o liberalismo democrático e o socialismo democrático, ou alargar a ponto do seu desvirtuamento enquanto sistema. Neste sentido que a entendemos como um conjunto de regras que estabelecem "quem" e com "quais" procedimentos são tomadas as decisões políticas⁷. Em síntese: para uma ordem política ser democrática deve conter

⁴ LAZARSELD, Paul F. e MERTON, Robert K., Comunicação de Massa, Gosto Popular e a Organização da Ação Social in Teoria da Cultura de Massa, 4ª ed, ADORNO... [et al.]; Introdução Comentários e Seleção de Luiz Costa Lima, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, pp. 105-27.

⁵ Ver os Frankfurtianos HORKHEIMER, Max e ADORNO, Theodor W., A Indústria Cultural. O Iluminismo Como Mistificação das Massas, in Teoria da Cultura de Massa, ob. cit., pp. 159-204. Ver Também, A Indústria Cultural: O Esclarecimento como Mistificação das Massas in Dialética do Esclarecimento, 2ª ed., Rio de Janeiro: Zahar editor, 1991, pp. 113-56.

⁶ Sobre o assunto, AGESTA, Luis Sanches. Principios de Teoria Política, 6ª edición, Madrid: Nacional, 1976, pp. 165-79. Para estudo detalhado do tema, HOBBSAWM, Eric J. Nações e Nacionalismo deste 1780: programa, mito e realidade, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, principalmente, pp. 27-56.

⁷ Aqui temos visão procedimental. Noutra perspectiva: Soares, Luiz Eduardo. "Representação Política, Participação e Intersubjetividade. Uma Resenha Crítica". IUPERJ, *paper* nº 71, 1989. Trata-se de reflexão amplamente abordada por BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo, 4ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989, pp. 18-21 e 61-4. Ver, ainda LALANDE, André. Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia, São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 238, que conceitua:

necessariamente⁸ (a) a determinação de quem são os autorizados a decidir, (b) o *quantum* participativo para ser reconhecido como decisão, (c) que haja alternativas reais de escolha e sua viabilidade, e (d) respeito ao dissenso.

(a) A todo instante somos levados a tomar alguma espécie de decisão. Assim ocorre, por exemplo, nas eleições, quando votamos nesse ou naquele candidato, ou mesmo quando, em sede referendária (ver tópico 3, *fine*), confirma-se ou rejeita-se uma texto normativo. De tal sorte que, como se percebe, há necessidade de regulamentar, definindo, "quem" e em "quais" situações delibera tendo efeito coletivo. Como o número de participantes nos sistemas democráticos é o mais amplo possível⁹ – dificilmente de sua totalidade – o regramento, no mais das vezes, limita-se a critérios de capacitação para o exercício dos direitos políticos definidos na Carta Magna de cada ordenamento¹⁰. (b) Mas qual o número de participantes necessário para configurar uma decisão com efeito coletivo? Democracia é o governo da maioria, ou melhor, da maioria daqueles a quem compete a decisão política, respeitando os critérios qualificadores deste exercício (item "a"), de determinado ordenamento jurídico. (c) De nada valeria, inobstante, atribuir poderes (e, portanto, direitos), se escolha efetivamente, não houvesse. E mais, deve-se viabilizar, protegendo, o exercício da escolha. Por essa razão, os direitos de liberdade, da livre comunicação dos pensamentos e das opiniões, de reunião, de associação, de consciência, de independência e integridade da pessoa humana, de ocupação, etc.¹¹, são tão importantes: constituem base do exercício dos direitos políticos, agasalhados nos Estados de Direito. (d) A preservação do espaço público e a necessidade do respeito às pessoas e/ou dos grupos que dissentem, dentre todos os itens, se sobressai. A principal razão leva-nos a própria necessidade de regras básicas na democracia: que a "minoría" possa ser "maioría" noutra momento, ou seja, que potencialmente essa reversibilidade (ou convertibilidade) seja garantida. No particular, são expressivas as palavras de BOBBIO:

"(...) num regime fundado no consenso não imposto de cima para baixo, uma forma qualquer de dissenso é inevitável e que apenas, onde o dissenso é livre para se manifestar, o consenso é real, e que, apenas onde o consenso é real, o sistema pode proclamar-se com justiça democrático".¹²

democracia é o Estado político no qual a soberania pertence à totalidade dos cidadãos, sem distinção de nascimento, de fortuna ou de capacidade.

⁸ Cf. BOBBIO, ob. cit., pp. 18-21.

⁹ Razão pela qual, entendendo ser a democracia "um sistema em que o poder sobre as autoridades é amplamente partilhado", levou DAHL a chamá-la de poliarquia. Em detalhe, e com anotações, SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia Revisitada (1. O Debate Contemporâneo), São Paulo: Editora Ática, 1994, pp. 22-4.

¹⁰ No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos políticos encontram-se, no Título I - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo IV- Dos Direitos Políticos, arts. 14 a 16, e, ainda, Capítulo VII- Da Administração Pública, Seção I - Disposições Gerais, art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988.

¹¹ Esta questão é tratada com maior amplitude por LEFORT, Claude. A Invenção Democrática. Os Limites do Totalitarismo, São Paulo: Brasiliense, 1989, pp. 37-69.

¹² Cf. O Futuro da Democracia, ob. cit., pp. 63-4.

Podemos, assim, entender democracia como o processo decisório, que conta com a participação do "maior número" possível dos interessados (item "b"), onde há opções reais de escolha (item "c"), com preservação efetiva do dissenso livre (item "d"), respeitados os critérios do seu exercício (item "a").

3. A História é balizada não só pelos grandes acontecimentos, mas, também, por certas grandes obras políticas que, mais de uma vez, com maior ou menor prazo, contribuíram para a preparação de tais acontecimentos¹³. Assim foi com o Ensaio Sobre o Governo Civil de J. LOCKE (1690), O Espírito das Leis de MONTESQUIEU (1748), O Contrato Social de J.J. ROUSSEAU (1762) e A Democracia na América de ALEXIS DE TOCQUEVILLE (1835-40), dentre outros. Nos ocuparemos agora do que podemos chamar de "tipologia da democracia" com os itens (a) democracia direta pura, (b) democracia representativa pura, (c) democracia das massas e (d) democracia semidireta ou participativa. De tal sorte que, por vezes, algumas dessas obras virão ao nosso auxílio.

(a) Primeiro Tipo: democracia direta pura.

Historicamente ligada às cidades-Estado gregas, a democracia direta era marcada pela atuação dos que preenchiam os requisitos de sufrágio restrito à oligarquia da época¹⁴, seja em virtude de costume ou de lei, sobre as questões da pólis¹⁵. Na era moderna, por seus teóricos identificarem sujeito e objeto político, concluem que não cabe, em democracia, representação. É assim que ROUSSEAU considera democracia e representação inconciliáveis¹⁶, questão que será ulteriormente enfrentada. (ver, tópico 4, *infra*).

Mas os Estados cresceram e se tornaram cada vez mais populosos; tanto assim, que, atualmente, seria muito difícil conceber uma votação direta em prazo relativamente curto, principalmente se levarmos em consideração a limitação de votantes dos antigos tempos e a maneira pela qual se reuniam para deliberar. Embora tenhamos notícia de sua persistência em alguns cantões suíços, hoje, podem ser consideradas verdadeiras peças de museu retomadas no século XVIII, e os seus simpatizantes, românticos.¹⁷

¹³ CHEVALLIER, Jean-Jacques. As Grandes Obras Políticas de Maquiavel aos Nossos Dias, 5ª ed., Rio de Janeiro: Agir, 1990, p. 11.

¹⁴ Tanto na Grécia quanto em Roma, eram excluídos os escravos, os bárbaros e os estrangeiros, portanto a maior parte da população. A maioria reunia-se em Agora ou nos comícios, para resolver. Democracias deficientes, oligarquias talvez. Em todo caso, ponto de partida para posteriores desenvolvimentos. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três caminhos), São Paulo: José Olympio Editora, 1945, p. 159.

¹⁵ Ver LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución, Barcelona: Editorial Ariel, 1970, p. 95. Ver também, GARCIA-PELAYO, Manuel. Derecho Constitucional Comparado, séptima edición, Madrid: Revista de Occidente, 1964, p. 174.

¹⁶ Cf. GARCIA-PELAYO, *id. ibid.*, p. 175.

¹⁷ Cf. LOEWENSTEIN, *ob. cit.*, p. 76. Ver, ainda, FERREIRA, Luis Pinto. Princípios do Direito Constitucional Moderno, Vol I, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 1983, p. 197: "A Democracia direta é atualmente posta em prática em alguns cantões da Suíça (...). É o caso ocorrente no Cantão de Glaris, no de Unterwald e de Appenzell. Estes dois últimos cantões estão subdivididos em semicantões, que tem cada um deles, uma vez por ano, em todo caso a sua *Landsgemeinde*" [reunião em uma assembléia de todos os eleitores chamados a votar leis e a eleger os magistrados, manifestando sua vontade por um voto público de mãos erguidas].

(b) Segundo Tipo: democracia representativa pura.

Democracia representativa significa, genericamente, que as deliberações concernentes à coletividade inteira são tomadas, não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para essa finalidade¹⁸. Não há lugar, aqui, para aprofundarmos o estudo com as várias teorias sobre sua natureza e espécies. Anotamos, apenas, que a deterioração do sistema representativo, no sentido de não correspondência com o "esperado" ou com o "divulgado" como meta a ser cumprida no correr do mandato, nos leva ao debate sobre legitimidade e identificação.¹⁹ Basta o questionamento: se o mandato for de 4 anos, apesar da insatisfação do eleitorado, todos devem aguardar que o mesmo termine para votar esperançosamente em outro candidato? O cidadão só participaria, por via de consequência, em um momento: no instante em que vota para preencher cargos do executivo e legislativo.

Enfatiza ROUSSEAU:

"(...) o povo inglês acredita ser livre mas se engana redondamente; só o é durante a eleição dos membros do parlamento; uma vez eleitos estes, ele volta a ser escravo, não é mais nada".²⁰

(c) Terceiro tipo: democracia das massas.

Segundo ORTEGA E GASSET²¹ "o fato mais importante da época contemporânea foi a ascensão das massas". O reflexo do crescimento do anseio do povo em participar nas questões do governo decidindo teve, não há dúvida, efeitos profundos no sistema político. A constitucionalização do regime partidário, com efeito, é o reconhecimento formal de uma situação que há muito existia de fato. GEOFFREY BARRACLOUGH²², prof. em Cambridge de história contemporânea, destaca como primeiro partido realmente das massas, o comunista francês orçado em um milhão de membros, sendo o primeiro resultado do crescimento da participação e interesse popular organizado. Democracia das massas é, por conseguinte, passagem do individualismo e do parlamento nos moldes liberais do século XIX para a ascensão popular partidária. Seguindo classificação de GEOFFREY, a democracia participativa seria de massa.

(d) Quarto tipo: democracia semidireta ou participativa.

A democracia participativa tem origem nos movimentos revolucionários iniciados no fim do século XVIII e princípio do século XIX com o contratualismo

¹⁸ BOBBIO, *ob. cit.*, p. 44.

¹⁹ Ver HABERMAS, JÜRGEN. Para Reconstrução do Materialismo Histórico, 2ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1990, em especial, pp. 219-47.

²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social, Coleção Os Pensadores, 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 108. Cf., também, BOBBIO, *ob. cit.*, p. 41.

²¹ ORTEGA Y GASSET, José. A Rebelião das Massas, Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1959, pp. 59 e segs.

²² BARRACLOUGH, Geoffrey. Introdução à História Contemporânea, 4ª ed., Rio de Janeiro: Zahar editores, 1964, pp. 119-45.

rousseauiano e a filosofia dos jusnaturalistas²³. Seus instrumentos têm, com frequência, caráter secundário ou complementar frente aos sistemas representativos. De atividade pouco contínua, no mais das vezes extraordinária, a participação direta do povo no governo manifesta-se quase que com exclusividade sob forma de sufrágio. É assim que a democracia participativa ou semidireta afigura-se como opção tendente a arrefecer a democracia direta pura – hoje praticamente impossível – e a representativa pura que face ao incorformismo dos cidadãos, com práticas adversas da efetiva e verdadeira democracia que implica identidade entre povo e governo, frustra-os com poucos recursos de modificação do quadro representativo.

Com previsão constitucional nos art. 14 inc. I, II e III da Carta Política de 1988 o plebiscito, referendo e iniciativa popular legislativa permitem atuação efetiva dos cidadãos, sendo verdadeiros reforços da democracia.²⁴ Vejamos, rapidamente, cada um dos instrumentos participativos.

A noção de plebiscito, como de resto, também, a de referendo, é controversa. SANTI ROMANO²⁵ define plebiscito como "(...) o instituto pelo qual o povo é chamado para aprovar ou não um fato, um acontecimento concernente à estrutura do Estado ou de seu governo", e, referendo, como "a forma clássica e tradicional da intervenção direta do povo na legislação". Para diferenciar um instrumento do outro, a doutrina, embora vacilante²⁶, utiliza o critério da natureza do objeto da decisão popular. Assim, precisamente:

Plebiscito

- utiliza-se para consulta sobre qualquer questão de interesse público;
- não precisa ter, necessariamente, feição normativa;
- pode ser utilizado para avaliar repercussão de medida futura a ser tomada.

Referendo

- concerne a ato(s) normativo(s) de nível constitucional ou infraconstitucional;
- é convocado, após a edição dos atos, para confirmar ou rejeitar normas constitucionais ou infraconstitucionais em vigor.
- há, por conseguinte, *referendum* "constituente" (que respeita à aprovação de uma Constituição), o "constitucional" (quando relativo à revisão da Constituição), "legislativo *stricto sensu*" ou "administrativo" (se concerne respectivamente às leis infraconstitucionais ou aos atos administrativos).²⁷

²³ ROMANO, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pp. 314-15.

²⁴ Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, art. 14. "A Soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular".

²⁵ Ob. cit., pp. 316-19.

²⁶ Cf. BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política, 3ª ed., Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília - Linha Gráfica editora, 1991, p. 927.

²⁷ *Id. ibid.*, p. 1074.

Questão importante liga-se ao fato de ser ou não, por natureza, vinculante o referendo. Avulta o debate, tendo em vista, para alguns, a imprescindibilidade do caráter vinculante na consulta referendária, sendo, mesmo, característica diferenciadora da consulta por plebiscito, conquanto não seja a única.

Referendo vinculante X Referendo consultivo

- Opinião da doutrina clássica: o referendo consultivo antecede a lei ou qualquer outro ato normativo, porém não garante que as autoridades irão acatar a manifestação popular.
- Opinião de MARIA VICTÓRIA BENEVIDES²⁸: os referendos devem ter, sempre, caráter vinculante, caso contrário, seriam plebiscitos. Até porque, uma votação em referendo, sem consequências jurídicas e políticas, seria uma *contradictio in terminis*.

Alguns autores, como PAULO BONAVIDES²⁹, distinguem, ainda, o referendo em (a) *ante legem* e (b) *post legem*. O primeiro ocorre, quando é solicitada a manifestação popular, antecedendo a feitura da lei, com o intuito de conhecer o pensamento popular acerca de um eventual ato legislativo. O último, que é sucessivo ou pós-legislativo, serve para conceder ou não eficácia ao dispositivo legal.

Concluindo: Plebiscito é instrumento de consulta do governo (em sentido amplo) ao povo, sobre questões de interesse público, despido, por vezes, de feição normativa, e isento de caráter vinculante. Referendo é instrumento concernente a ato normativo, de nível constitucional ou infraconstitucional, podendo anteceder ou não a feitura da norma, com caráter necessariamente vinculativo, *tout court*.

Quanto à iniciativa popular legislativa, ou, simplesmente, iniciativa, novidade da Constituição Federal de 1988, trata-se de instrumento deferido a certa parte ou porcentagem do corpo eleitoral, para propor ou iniciar lei, respeitados os trâmites do processo legislativo (ver, em detalhe, anexos 2 e 3). Em alguns ordenamentos jurídicos, como o nosso, é admitida tanto para normas constitucionais, como para infraconstitucionais ou ordinárias. Sendo prática muito avançada, visa, precipuamente, proteger a coletividade contra a inércia dos órgãos legislativos, e do vício de eventual desassociação entre Câmaras e opinião pública³⁰. Assoma o fato de que em países, como a Suíça, que a utilizam de forma correntia, desfrutam do seu efeito "antecipativo" e do "reforço" de pronunciamento do legislador. (ver, tópico 9, *infra*).

Pode-se dizer que, enquanto o *referendum* é instrumento protetivo dos atos comissivos dos representantes do povo (ou seja, do vir-a-ser), a iniciativa popular legislativa é instrumento de atuação contra atos omissivos (ou seja, do que não é).

²⁸ Ver A Cidadania Ativa. Referendo, Plebiscito, Iniciativa Popular, São Paulo: Editora Ática, 1991, p. 135.

²⁹ Ver Ciência Política, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1993, pp. 339-55. Substancialmente, mesma classificação é adotada por FERREIRA, Luís Pinto, ob. cit., p. 200, conquanto denomine o referendo "ante legem" de "consultivo".

³⁰ PONTES DE MIRANDA (Cf. Os Fundamentos atuais do Direito Constitucional p. 363) acentua que "como contrapeso aos males do parlamentarismo, e ao vício, comum ao regime parlamentar e ao presidencial, das Câmaras divorciadas da opinião pública ou esquecidas dos interesses gerais, para os quais é notável a intuição popular, a *intervenção do povo* funciona como as melhores esperanças. A democracia mista [semidireta ou participativa] constitui um dos traços mais sedutores das Constituições novas". [grifos no original]. *Apud* CRETELLA Jr., José. Comentários à Constituição de 1988, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 1096.

4. Permitimo-nos, neste momento, nota não solicitada. J.J. ROUSSEAU, no Contrato Social, fala-nos de Democracia nestas passagens tantas vezes incompreendidas: "Tomando o termo no rigor da acepção, jamais existiu verdadeira democracia e jamais existirá"³¹. "Se houvesse um povo de Deuses, governar-se-ia democraticamente. Governo tão perfeito não convém a homens"³². E ainda numa carta como anota J.J. CHEVALLIER: "Pudestes ver... no Contrato Social, que nunca aprovei o governo democrático"³³. Foi assim que o filósofo expôs suas reflexões custando-lhe a pecha de contraditório. Tendo em vista que ROUSSEAU levou a rigor o uso terminológico, cremos, como CHEVALLIER³⁴, que não incidiu em contradição. De fato, deve-se ler: "tão perfeito" que exige demasiada perfeição, exigindo demais dos homens. Sendo que a "perfeição" cobrada por ROUSSEAU compreende³⁵ (a) uma grande igualdade de condições e fortunas, (b) pouco ou nada de luxo, (c) simplicidade nos costumes e (d) um Estado pequeno no qual seja fácil o povo se reunir. Concebido que é, por ROUSSEAU, estritamente, a democracia como "governo do povo" e não como de "representantes do povo", "jamais existiu e jamais existirá". Note-se, também, que, mesmo em sua carta, a reprovação da democracia como forma de governo foi ligada ao entendimento exposto; assim, mesmo na Ágora dos gregos, tendo em vista as restrições para fazer parte do corpo deliberativo, nunca existiu. Não quer isso significar que seja contra o sistema democrático, mas, ao contrário dos que afirmam desavisadamente, que o considera inviável nos moldes do Contrato Social.

5. Em item anterior, estivemos entretidos com o mecanismo dialético da ordem política democrática. Com ênfase nessa mecânica, acentuamos que o embate entre direitos políticos e individuais deram razão ao nascimento de um ordenamento dualista. Afigura-se-nos ser dado o momento de cuidarmos de sua problematização.

(a) Contribuição de GUILLERMO O'DONNELL

O'DONNELL³⁶, analisando um tipo de Estado capitalista, afirma que o mais problemático não é nem o "Estado" nem a "Sociedade" mas sua conjunção: o "e" que os une. Com base numa relação assimétrica, em virtude do controle diferenciado de certos recursos que o primeiro detém, a sociedade encontra-se num contexto de dominação. De todo, interessa-nos, no particular, os controles relacionais que fundamentam esta relação. É o que passaremos a expor.

Ponto crucial, da relação assimétrica estabelecida entre os "sujeitos sociais", exsurge do controle de certos recursos, com os quais, habitualmente, é ajustado o comportamento do dominado (seja positivo ou de abstenção; seja expresso, tácito ou presumível), ao do dominante. Embora não exauriente, são eles: (a) controle dos meios de coerção física, que permite atuação *in concreto* submetendo o dominado a severas

³¹ ROUSSEAU, ob. cit., p. 84.

³² *Id. ibid.*, p. 86.

³³ CHEVALLIER, ob. cit., p. 179.

³⁴ *Id. ibid.*

³⁵ Ver BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*, 3ª ed., São Paulo: Brasiliense, 1990, pp. 33-4.

³⁶ Cf. Anotações para uma Teoria do Estado I, Revista da Cultura Política n° 3, novembro/janeiro, 1987, pp. 71-3.

sanções; (b) controle dos recursos econômicos; (c) controle dos recursos de informação *lato sensu*, incluindo conhecimentos científicos e tecnológicos; e (d) controle ideológico, mediante o qual o dominado assume como justa e natural a relação assimétrica de que é parte e, portanto, não a entende nem a questiona como de dominação.

Insta, observar, contudo, que de todos os recursos, o mais eficiente (no sentido de encobrir) é o do controle ideológico, pois implica no consentimento do dominado. E, o que mais torna aparente a relação dominante X dominado é o da intervenção coercitiva, embora no Estado capitalista seja de uso fundamental como *ultima ratio* de suporte à dominação.

(b) Contribuição de RICARDO ENTELMAN/ALICIA RUIZ

Tanto ENTELMAN³⁷ quanto RUIZ³⁸, estabelecem um vínculo entre o poder organizado na sociedade e o discurso jurídico. Por isso, trataremos as respectivas contribuições em apartado para, depois, condensarmos, em conclusão única.

Para RICARDO ENTELMAN, duplo é o posicionamento do pensamento jurídico no trato com a questão do poder. O primeiro funda-se na afirmação de que o poder é problema que apeetece a outras ciências sociais, que não, também, a jurídica. E o segundo, encontramos na organização institucional do poder, que, colocando o mesmo como tema principal do discurso jurídico, tenta organizá-lo na sociedade. Em decorrência, o discurso jurídico tem como objetivo distribuir e agrupar o poder de forma a subordinar as práticas sociais implicadas, sendo este o efeito de ocultação. Tomando corpo de um discurso do poder, seu próprio processo de produção consiste na expressão dos lugares constituídos em práticas sociais de que faz parte. Assim, a ambigüidade poder/Direito objetiva o controle social global e a eficácia dos sistemas jurídicos em geral, sendo que, dentro desta estrutura, encontra-se implícito, sempre, o destinatário do discurso jurídico.

ENTELMAN estabelece um elo entre poder, Direito e a violência (coerção), afirmando que, quando há a aplicação de um sanção, ocorre rompimento do equilíbrio entre poder e sujeito passivo, ou seja, destinatário da norma. Para encobrir o problema do poder (seu desvelamento pela coerção), constrói símbolos, ou seja, organizando o Estado, o Direito acoberta as relações de dominação (ver neste tópico, item "a", controle diferenciado de recursos)³⁹. A violência (coerção) é a exteriorização do simbolismo do discurso materializado ideologicamente.

Por derradeiro, divide em 3 (três) níveis o discurso jurídico. O primeiro nível está relacionado com o discurso produzido pelos órgãos sociais, pelos representantes das instituições. Este discurso é auto-suficiente em sua produção e reprodução. O segundo nível está vinculado à produção da prática que se constitui na tarefa dos juristas. O terceiro e último nível é ligado às crenças produzidas pelas ficções.

³⁷ Cf. Discurso Normativo y Organización del Poder, Buenos Aires, abril de 1985, pp. 1-10.

³⁸ Cf. La Ilusión de lo Jurídico, Buenos Aires, abril de 1985, pp. 1-22.

³⁹ Quando o Direito organiza o poder do Estado, regravando-o, cria instituições, órgãos, associações, etc., estabelecendo quem "pode" atuar; retira, por reflexo, a violência de sua origem, transformando-a em institucional, e, portanto, pretensamente legítima.

ALICIA RUIZ, entende que o Direito traz um discurso legitimador do poder no Estado moderno; suas formas jurídicas são controle social fundado nas relações de dominação, que tem grande força porque ligados a afirmações de mitos (valores simbólicos). No Estado moderno, o Direito é inseparável do poder, não havendo, porém, uma relação de justaposição. O Direito proporciona um discurso legitimante nos casos em que o exercício do poder alcança o máximo de discricionariedade; sendo constituído tanto pela ciência (doutrina), quanto pelas autoridades (instituições).

Concluindo: ALICIA RUIZ e RICARDO ENTELMAN afirmam que o Direito é o exercício legal da violência monopolizada pelo Estado, mediante múltiplos mecanismos produtores de consenso. Seu discurso jurídico é a forma utilizada pelo Estado para legitimar o poder e manipular as classes sociais, encobrindo, em última instância, sua força concreta porque reconhecida.

(c) Contribuição de ALEXIS DE TOCQUEVILLE/JÜRGEN HABERMAS/FRÖBEL.

ALEXIS DE TOCQUEVILLE, no sétimo capítulo da segunda parte do Livro I de "A Democracia na América", trata do que diz ser o efeito deletério da democracia: a onipotência da maioria. Chega a questionar: Poderá a liberdade sobreviver, e como, na sociedade democrática? Como, continua TOCQUEVILLE, uma vez formada a maioria a respeito de uma questão podeis,

"não direi deter, mas retardar a sua marcha, dando-lhe oportunidade para escutar as queixas daqueles que esmaga à sua passagem... Quando um homem ou um partido sofre injustiça nos Estados Unidos, a quem quereis que se dirija? À opinião pública? É ela que forma a maioria. Ao corpo legislativo? Representa a maioria obedecendo-lhe cegamente. Ao poder executivo? É nomeado pela maioria, servindo-lhe de instrumento passivo. À força pública? Não é senão a maioria em armas. Ao júri? É a maioria revestida do direito de pronunciar sentenças: os próprios juizes, em certos Estados, são eleitos pela maioria. Seja qual for a iniquidade ou insensatez da medida que vos atingir, tereis de submeter-vos a ela".⁴⁰

É o que passamos a analisar.

Versando tese de FRÖBEL, JÜRGEN HABERMAS⁴¹, recorre a condições de comunicação sob as quais a formação de opinião orientada para a verdade pode ser combinada com uma formação de vontade majoritária. Atendo-se ao conceito de autonomia originário do pensamento filosófico de ROUSSEAU: sempre há lei apenas para aquele que a fez ou lhe deu assentimento; para qualquer outro ela é um decreto ou uma ordem [grifos no original], continua:

⁴⁰ Cf. A Democracia na América, 2ª ed., São Paulo: Editora da USP, 1977, p. 195. Ver, ademais, interessante análise do pensamento de TOCQUEVILLE por MERQUIR, José Guilherme. O Liberalismo (Antigo e Moderno), Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991, pp. 87-95.

⁴¹ Cf. Soberania Popular como Procedimento, Revista Novos Estudos/CEBRAP, n° 26, março de 1990, pp. 100-13.

"Por isso, leis exigem o assentimento fundamentado de todos. O legislador democrático, porém, delibera com maioria. Uma coisa só é conciliável com a outra se a regra da maioria conserva uma referência interna à busca de verdade: o discurso público tem de fazer a mediação entre razão e vontade, entre a formação da opinião de todos e a formação da vontade majoritária dos representantes do povo. FRÖBEL interpreta, por isso, a decisão majoritária como um consentimento condicional, como o assentimento da minoria a uma prática que se orienta pela vontade da maioria: <<Não se exige absolutamente da minoria que ela, resignando-se em sua vontade, declare errônea a opinião; não se exige nem mesmo que ela renuncie a seu objetivo, mas sim que abdique da aplicação prática de sua convicção até que se torne possível fundamentar melhor suas razões e alcançar o número necessário de votantes>>".

Concluindo: os questionamentos de TOCQUEVILLE têm resposta. Dado que, sendo mantida, potencialmente, a reversibilidade, ou seja, respeitado o dissenso livre (ver tópico 2, item "d", supra), e asseguradas as "liberdades" das minorias, tais como o exercício do direito de (a) comunicação (ver, tópico 2, item "c", supra), forma básica para influir na opinião pública e (b) participação, sua prática, tornando-a efetiva, não há "tirania das maiorias", mas, sim, abdicção da aplicação prática de convicções, pois, se alcançado o número suficiente, a minoria que, num dado momento, delas abdica, noutro, sendo maioria, age, praticando-as⁴².

(d) Contribuição de MAX WEBER.

O termo burocracia⁴³ foi empregado, primeiramente, na metade do século XVII, por VINCENT DE GOURNAY, para designar o poder do corpo de funcionários e empregados da administração estatal, incumbido de funções especializadas sob a monarquia absoluta e dependente do soberano. Uma segunda acepção, igualmente negativa, foi utilizada por KARL MARX, para indicar a progressiva rigidez do aparelho do partido e do Estado em prejuízo das exigências da democracia de base. No correr do século XIX, exsurge outra concepção de burocracia, menos polêmica, e principalmente técnica, que versa sobre um novo aparelho administrativo, organizado monocrática e hierarquicamente, substituindo os antigos corpos administrativos colegiais. Seu sentido, é de uma teoria e de uma *praxis* da administração pública, considerada a mais eficiente possível. Temos, assim, três concepções para o termo: (a) disjunção

⁴² Tal fato não passou despercebido por Kelsen: "O princípio da maioria não é, de modo algum, idêntico ao domínio absoluto da maioria, à ditadura da maioria sobre a minoria; (...) se a minoria não for eliminada do procedimento no qual é criada a ordem social, sempre existe uma possibilidade de que a minoria influencie a vontade da maioria. Assim, é possível impedir até certo ponto, que o conteúdo da ordem social venha a estar em oposição absoluta aos interesses da minoria. Esse é um elemento característico da democracia". Cf. KELSEN, Hans, Teoria Geral do Direito e do Estado, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1992, pp. 279-82. Com ênfase na importância dos direitos fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, ver, do mesmo autor, A Democracia, São Paulo: Martins Fontes, 1993, pp. 67-78.

⁴³ BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco, ob. cit., pp. 124-30.

administrativa, (b) antidemocraticidade do aparelho dos partidos e do Estado, e, (c) técnica da administração pública.

Não é momento para nos atermos a cada uma delas. Interessa-nos, aqui, apenas, a conceituação trazida por WEBER, segundo a qual burocracia é a específica variante moderna das soluções dadas ao problema geral da administração.⁴⁴

Sendo um sistema composto por uma série de procedimentos metódicos, para realização regular e contínua de certas tarefas, a burocracia não se confunde com a morosidade, embora por motivos particulares, por vezes, caminhem juntas⁴⁵. Por ser regida numa principiologia de "hierarquia dos postos" e dos "níveis de autoridades", é um sistema firmemente estruturado em mando e subordinação, havendo uma supervisão dos postos inferiores pelos superiores. Esse sistema oferece aos governados a possibilidade, fundamental, de recorrer de uma decisão de uma autoridade inferior para a sua autoridade superior, de uma forma regulada com busca da precisão.⁴⁶ Em síntese, as características são, para WEBER, as seguintes⁴⁷:

1) o pré-requisito de uma organização burocrática é constituído pela existência de regras abstratas às quais estão vinculados o detentor (ou os detentores) do poder, o aparelho administrativo e os dominados. Segue-se daí que as ordens são legítimas somente na medida em que, quem as admite, não ultrapasse a ordem jurídica impessoal, da qual ele recebe o seu poder de comando e, simetricamente, que a obediência é devida somente nos limites fixados por essa ordem jurídica;

2) na base deste princípio geral da legitimidade, uma organização burocrática é caracterizada por relações de autoridade entre posições ordenadas sistematicamente de modo hierárquico, por esferas de competências claramente definidas, por uma elevada divisão do trabalho e por uma precisa separação entre pessoa e cargo no sentido de que os funcionários e os empregados não possuem, a título pessoal, os recursos administrativos, dos quais devem prestar contas, e não podem apoderar-se do cargo. Além disso, as funções administrativas são exercidas de modo continuado e com base em documentos escritos;

3) o pessoal empregado por uma estrutura administrativa burocrática é tipicamente livre (assumem obrigações contratuais), e, em virtude de suas específicas qualificações técnicas, são recompensados através de um salário estipulado em dinheiro, tem uma carreira regulamentada, e consideram, não raro, o próprio trabalho como uma ocupação de tempo (esforço) integral.

São, ainda, seus principais efeitos:

⁴⁴ WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1982, pp. 129-82.

⁴⁵ A burocracia (em termos organizacionais) parte em sentido contrário ao regime democrático. Ordenada do vértice à base, e, portanto, diametralmente oposta à democracia, que parte da base ao vértice, é obstáculo para uma resposta célere do Estado, quando, dada a rigidez dos seus procedimentos, não se adapta ou não é adaptada às necessidades concretas.

⁴⁶ *Id. ibid.*, ob. cit., p. 230.

⁴⁷ *Apud* BOBBIO, Norberto. MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco, ob. cit. p. 126.

- concentração dos meios de administração e de gestão nas mãos dos detentores do poder;
- nivelamento das diferenças sociais que resulta do exercício da autoridade segundo regras abstratas e iguais para todos e da exclusão de considerações pessoais no recrutamento dos funcionários;
- o princípio de legitimidade de um sistema de autoridade legal contém uma tensão interna entre justiça formal e justiça substancial.

(e) Contribuição de NORBERTO BOBBIO.

BOBBIO traz interessante reflexão quando contrapõe o Estado total (que tudo faz e restringe a liberdade dos indivíduos) ao cidadão total (epifenômeno inicialmente tratado por DAHRENDORF), que seria o resultado do exagero da solicitação do povo, pelo governo, para decidir sobre tudo, resultando, em virtude da exaustão, a apatia do eleitorado.

"Nada ameaça matar mais a democracia que o excesso de democracia".⁴⁸

E prossegue:

"O cidadão total é o Estado total são as duas faces da mesma moeda; consideradas uma vez do ponto de vista do povo e outra vez do ponto de vista do príncipe, têm em comum o mesmo princípio: que tudo é política, ou seja, a redução de todos os interesses humanos aos interesses da pólis, a politização integral do homem, a resolução do homem no cidadão, a completa eliminação da esfera privada na esfera pública, e assim por diante".⁴⁹

Mas como saber o limite de solicitação dos participantes para não torná-los apáticos? E o que se entende por excesso?

(f) Conclusões parciais.

1. a supremacia do Estado (garantia coercitiva centralizada) é mantida e conservada em virtude do controle diferenciado de certos recursos;
2. a legitimação da supremacia estatal estrutura-se num discurso que a identifica com valores simbólicos, sendo que o uso da violência (sanção), além de torná-lo evidente, rompe o equilíbrio entre dominante e dominado;
3. a proteção das minorias está intimamente ligada "às regras do jogo democrático", e, sua garantia encontra fundamento na possibilidade de ser maioria em momento ulterior;
4. os sistemas da administração pública devem ser flexibilizados instrumentalmente para se adaptarem às necessidades do caso concreto, evitando os males impositivos do aparato burocrático que se prende à rigidez dos seus métodos;

⁴⁸ O Futuro da Democracia, ob. cit., p. 26.

⁴⁹ *Id. ibid.*, p. 42-3.

5. o exercício contínuo, provocado pela solicitação ininterrupta do pronunciamento do cidadão, pode resultar em apatia, embora dificilmente se possa avaliar o quanto.

Para mensurar é necessário o processo comparativo, o assinalar de marcos, a estrita observação do evoluir de estágios, de gradações. Afinal, uma coisa, com efeito, é indagar o como e o por quê da evolução democrática, outra, constatá-la e grafá-la. Cientes da restrição que a última comporta e, muita vez, de sua importância, examinaremos o histórico da democracia semidireta no Brasil; oportunidade que somaremos com resumo geral dos debates sobre a participação popular na Assembléia Nacional Constituinte. Seguiremos, ainda, com breve notícia das experiências em nosso País e do Direito Comparado. Começando com a Constituição do Império, prosseguiremos relatando todas as demais até à Constituição Federal de 1988, a chamada "Constituição Cidadã"⁵⁰.

6. No Brasil-Império, tivemos a tentativa da adoção da ação popular e a intenção, também, de mitigar a outorga constitucional de 1824 via plebiscitária. A ação popular prevista no art. 157 tinha como objetivo responsabilizar, criminalmente, os juizes de direito e os oficiais de justiça.

Art. 157, palavras: "Por suborno, peita, peculato e concussão, haverá contra eles ação popular, que poderá ser intentada dentro do prazo de ano e dia pelo próprio queixoso ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecida em lei" [nossos os grifos].

No tocante à outorga da Constituição de 1824, houve tentativa de dar aparência de respaldo popular, ao se enviar cópias para as municipalidades com o intuito de minorar a violência que envolveu a outorga constitucional.

Tanto a Constituição de 1891 como a de 1934 não tiveram em seu texto presença de institutos da democracia semidireta. Contudo, quanto ao texto final da Constituição de 1891, pairou dúvida quanto a necessidade de ser submetido à aprovação popular em virtude do Decreto nº 1 de novembro de 1889, que proclamava provisoriamente a República Federativa do Brasil, dispondo que a nação iria se pronunciar livremente por via de sufrágio popular. Para dirimir a dúvida, basta a leitura do texto da Constituição de 1891 que diz que a aprovação é tarefa "exclusiva" do Congresso Nacional.

Com relação à Constituição de 1934, ocorreu a tentativa de aperfeiçoar a representatividade parlamentar (representatividade profissional), tentativa esta que não durou muito tempo. Também nesta Constituição, podemos registrar a presença da ação popular que, segundo JOSÉ AFRONSO DA SILVA, pode ser denominada um instituto atípico de democracia semidireta.

A Constituição de 1937, conforme já havia ocorrido com a de 1824, demonstra, em seu texto, clara intenção de camuflar a outorga. Na mesma havia 4 hipóteses que poderiam dar azo à via plebiscitária: (a) o próprio texto constitucional deveria ser submetido a plebiscito (art. 187); (b) para casos de incorporação, subdivisão ou desmembramento do Estado (art. 5º); (c) para que fossem conferidos poderes de

⁵⁰ Ver BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. História Constitucional do Brasil, 3ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, *passim*; QUIRINO, Célia Galvão e MONTES, Maria Lúcia. Constituições Brasileiras e Cidadania, São Paulo: Editora Ática, 1987, *passim*; BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita, ob. cit. pp. 111-28.

legislação ao conselho de economia nacional, sobre matérias de sua competência (art. 63); (d) plebiscito nacional para aprovação de eventual projeto de emenda, modificação ou reforma da Constituição (art. 174, § 4º).

Apesar da ampliação da participação eleitoral da população, a onda de democratização que envolveu o ano de 1945 não modificou o pensamento da época a respeito da democracia semidireta. A associação dos seus institutos com os modelos ditatoriais existentes em outros países, como na França sob os auspícios do Presidente DE GAULLE, foi fator determinante para tanta aversão.

Na Constituição de 1946, só existiu a previsão do plebiscito para a hipótese de incorporação, subdivisão ou desmembramento de Estados.

Só no ano de 1963, temos a utilização de forma expressiva do plebiscito, muito embora envolto em aura de conturbação política que foi a tônica do período.

Com a renúncia de JÂNIO QUADROS, instaura-se, através da Emenda Constitucional nº 4, de 1961, o sistema parlamentarista. Na época, o plebiscito sobre o sistema de governo não tinha suporte legal, só ocorrendo devido às grandes pressões políticas.

O nosso 1º plebiscito de relevância nacional foi mais um "sim" ou um "não" a JOÃO GOULART do que escolha entre forma parlamentarista ou presidencialista de governo. Devido a fatores ideológicos da época, venceu o presidencialismo.

Os anos 50 e 60 foram marcados pela idéia de possibilitar a reforma constitucional através de plebiscito.

Diversos temas foram sugeridos para votação plebiscitária, tais como: pena de morte, divórcio, meio ambiente, reforma agrária, etc., não poucos se restringiram às gavetas do Congresso Nacional.

A atmosfera hostil à democracia, que esteve presente em toda confecção da Constituição de 1967 e sua Emenda nº 1 de 1969, não possibilitou grandes avanços no campo da participação popular. Do momento só temos a destacar a consulta prévia à população para criação de municípios (art. 14).

Os ares de democratização na Nova República se confrontavam com as dificuldades de articulação dos setores mais organizados da sociedade. Inúmeros foram os acontecimentos que contribuíram para o quadro, como a derrota das "diretas já", colégio eleitoral restrito nas eleições de 1985, posse do vice biônico e sucesso inicial do plano cruzado.

A campanha eleitoral de 1986 marcou o ressurgimento dos debates a respeito da participação popular, o conteúdo da nova Constituição e a natureza da própria Assembléia Nacional Constituinte. Já na época, evidenciava-se o alto grau de organização da sociedade nos três âmbitos federativos. Para muitos, a constituinte feita de um Congresso já existente era algo espúrio.

Na fase pré-constituinte, surgiram diversas propostas relacionadas com a participação popular, sendo que destacamos duas como mais expressivas: (a) a proposta de Fábio Konder Comparato, que previa a convocação de conselhos consultivos municipais e (b) a proposta de Flávio Bierrembach, que fazia referência a convocação de

referendo popular para apreciação de temas constitucionais que, mesmo rejeitados, tivessem 2/5 de votos favoráveis dos constituintes.

No ano de 1987, com a Assembléia Nacional Constituinte, ocorreu o início de intensa campanha para apreciação de emendas populares. Esta campanha foi vitoriosa, pois, além das emendas populares, houve, também, a apresentação de sugestões, e audiências públicas com suporte no art. 24 do regimento interno. Os anteprojetos da Constituição de 1988 formaram manancial de relevância para as discussões no processo constituinte. No primeiro turno de votação, foram aprovados plebiscito, referendo, iniciativa popular legislativa e veto popular (voto destituente). Todavia o último dos instrumentos participativos ficou, no segundo turno, fora do texto constitucional definitivo.

“Tornar presente o povo”⁵¹ foi lema e bandeira dos partidos que lutaram pela implementação dos dispositivos de participação popular direta. Os constituintes que eram contra a participação popular no processo legislativo afirmavam ser “um desrespeito à nós representantes da nação”.⁵²

Conforme previsão no ADCT, ocorreu, em 1993, plebiscito quanto a forma e sistema de governo, vencendo a forma de governo republicana com 44.266.608 votantes (86,61%) e sistema de governo presidencialista com 37.156.884 votantes (69,23%). A forma monárquica de governo recebeu 6.843.196 votos e o sistema de governo parlamentar 16.518.028 votos. Com 90.256.552 habilitados, houve o efetivo comparecimento de 67.010.409 eleitores, totalizando 23.246.143 abstenções.⁵³

7. A leitura das atas da Assembléia Nacional Constituinte de 1987 viabilizou contato com a efervescência das discussões sobre os instrumentos de participação popular. A Subcomissão dos Direitos Políticos, Direitos Coletivos e Garantias Individuais foi que mais recebeu propostas sobre o assunto.

Foram realizadas 6 (seis) audiências públicas englobando São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador, Recife e Brasília (DF). O fato de 4 (quatro) delas terem sido realizadas fora de Brasília está relacionado à necessidade de facilitar a presença de entidades e cidadãos no processo constituinte que não pudessem se deslocar até o Planalto Central. Estas audiências contaram com a participação de 285 entidades. O objetivo primeiro da realização de audiências públicas era o de colocar o cidadão – “este grande ausente”⁵⁴ – dentro do processo político nacional.

Os temas mais versados nesta subcomissão foram a pena de morte, meio ambiente, participação popular, voto destituente, facultatividade do sufrágio, direitos coletivos e direito de audiência (tribuna popular no parlamento). Alguns temas discutidos nesta Subcomissão vieram, depois, a figurar no texto da nova Constituição como a adoção do plebiscito, referendo e iniciativa popular legislativa. Outros, como o voto destituente e o voto facultativo, foram rejeitados ao serem submetidos à votação.

⁵¹ Lysâneas Maciel, Diário da Assembléia Nacional Constituinte, quarta-feira, 8 de julho de 1987.

⁵² Samir Achôa, Diário da Assembléia Nacional Constituinte, quarta-feira, 20 de maio de 1987.

⁵³ Dados fornecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), coordenação geral de informática.

⁵⁴ Lysâneas Maciel, Diário da Assembléia Nacional Constituinte, quarta-feira, 8 de julho de 1987.

Parlamentares conservadores se apresentaram frontalmente contra a adoção de medidas que possibilitassem o acesso do povo diretamente ao Legislativo, pois temiam que, com a participação popular, diminuísse a importância da forma representativa. O principal argumento foi o número demorado de assinaturas exigidas para as propostas de iniciativa popular que, *ipso facto*, retardariam o prazo previsto para a apresentação das emendas. A idade eleitoral mínima, ainda não definida, foi outra dificuldade apresentada contra à participação.

8. As primeiras experiências de democracia semidireta após a promulgação de 1988, se concentraram na questão orçamentária. A utilização do orçamento participativo foi uma forma dos governos populares possibilitarem o acesso do povo a questões que seriam resolvidas somente no âmbito interno da máquina administrativa.

Aproveitamos a ensanchar para lembrar que, através da gestão democrática, podemos refletir sobre suas variáveis políticas na ditadura e no clientelismo/paternalismo, presentes, por vezes, na autoridade pública. Sob esse prisma, a discussão do orçamento se transforma em um resgate da questão do município dentro do País.

A Constituição Federal de 1988 abre a possibilidade da existência de um canal permanente de comunicação e participação popular. O contexto atual contribui com a existência de novas relações entre Estado e a sociedade civil, bem como a nova realidade administrativa que visualiza a maquinaria municipal como mais eficiente, pois, estando o cidadão próximo, pode participar acentuando prioridades a serem resolvidas. Das experiências democráticas de orçamento participativo que tivemos notícias⁵⁵, iremos nos ater, aqui, às expressões do (a) Rio Grande do Sul e (b) Espírito Santo, a primeira, já consolidada. Detalhe fundamental a ser observado no que diz respeito aos governos que adotaram a prática do orçamento participativo, situa-se no fato da necessidade de estrita observância aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

(a) Experiência do Rio Grande do Sul (Porto Alegre).

Em Porto Alegre⁵⁶, o orçamento participativo é prática consolidada já há 6 (seis) anos, sendo um dos exemplos mais bem sucedidos deste tipo de política. O procedimento utilizado pelo governo municipal pode ser dividido em 4 (quatro) etapas básicas. Em primeiro momento, ocorre a elaboração inicial do orçamento proposta pela Prefeitura. A segunda etapa é marcada pelas discussões que são promovidas com as microrregiões para definir quais são as prioridades de investimento. A terceira tenta compatibilizar as prioridades com o orçamento previsto. Por último, na quarta etapa, ocorre a criação e permanência do Fórum de Representantes do Orçamento Participativo para efetuar o controle da destinação das verbas para as obras solicitadas pela população.

(b) Experiência do Espírito Santo (Vitória e Vila Velha).

⁵⁵ Além de Santa Leopoldina, Guaçuí e Boa Esperança, todos no Espírito Santo, recebemos, recentemente, indicações de atuação participativa no ABC paulista.

⁵⁶ Ver PEREIRA, Simone Ambros e PRATES, Cleusa. Gestão Popular e Orçamento em Porto Alegre, Revista Proposta, nº 54, agosto de 1992, *passim*.

Outros bons exemplos de utilização do orçamento participativo são as Cidades de Vitória⁵⁷ e Vila Velha, no Espírito Santo.

Todavia, quanto as experiências ocorridas neste Estado, foram muitos os problemas. Em Vitória, as principais dificuldades encontradas têm relação com 4 (quatro) fatores: (a) fragilidade do movimento popular urbano devido a presença do clientelismo e do paternalismo, (b) a presença de duas ou mais entidades por bairro (muitas das vezes adversárias políticas), (c) falta de experiência do governo com relação à participação popular e, como questão mais importante, (d) oposição da Câmara Municipal. Com relação a esta oposição, vale lembrar que o orçamento em Vitória é prerrogativa do poder executivo, não existindo previsão legal para a participação popular na elaboração do mesmo. Quanto aos fundamentos, deve haver o aperfeiçoamento das instituições para que seja assegurada a ampla participação da sociedade, sendo exigido dos delegados capacitação técnica.

Dois foram as fases que marcaram o orçamento participativo de Vitória. A primeira relacionada com a utilização dos meios de comunicação de massa para divulgação e formação de lideranças, bem como, a formação de uma comissão composta de representantes da Prefeitura e entidades populares para discutir a metodologia a ser utilizada. A segunda, encontra-se vinculada à formação das assembleias: assembleias de aprovação da metodologia, assembleias regionais (sendo que, nos bairros, ocorriam reuniões das chamadas comissões de trabalho) e Assembleia Municipal de Delegados. Já, em Vila Velha, também Espírito Santo, existe previsão na Lei Orgânica⁵⁸ e uma lei específica, Lei nº 2.454/88 (ver anexo 1), que regulamenta a participação popular na questão orçamentária.

(c) Experiência do Rio de Janeiro (Angra dos Reis).

Em Angra dos Reis (RJ), apesar da gestão democrática ter tido 2 (dois) mandatos consecutivos, não se conseguiu evitar o esvaziamento dos movimentos populares, pois parte dos membros destes movimentos passaram a compor o próprio executivo.

Já na Cidade do Rio de Janeiro, apesar da previsão legal na LOM, não houve utilização dos instrumentos participativos neste sentido.

Sob outra perspectiva, tivemos expressiva participação popular quando da apresentação pelo Poder Executivo da mensagem nº 571/93 encaminhando o projeto de Lei nº 4.146-B alterando disposições da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que configura os crimes hediondos.

Por movimento liderado pela "Glória Peres"⁵⁹, chegou às mãos do relator Dep. Luiz Clerot, através de ofício do Presidente da Câmara dos Deputados Inocêncio

⁵⁷ Ver GARCIA DE MORAES, Jorge Solano e FERNANDES DA TRINDADE, Auta. Participação Popular no Orçamento da Prefeitura de Vitória, Revista Proposta, nº 54, agosto de 1992, *passim*.

⁵⁸ Lei Orgânica do Município de Vila Velha, Título VI - Do Orçamento Municipal, Capítulo I - Do Sistema Orçamentário Municipal, Seção II - Da Participação e da Elaboração do Orçamento Anual, Plurianual e das Diretrizes Orçamentárias. Art. 123: "Com base no que estabelece a Constituição Federal, capítulo IV, art. 29, inciso X, fica garantida a participação popular nas decisões, elaboração e execução do orçamento anual, plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias".

de Oliveira, projeto de iniciativa popular traduzido em 1 milhão e 300 mil assinaturas, que resultou na Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, dando nova redação à lei dos crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal⁶⁰.

9. Para possibilitar uma visão mais completa e ampliada do tema, cumpre, ressaltar que outros países também se utilizaram e se utilizam dos mecanismos participativos. A experiência do Direito Comparado encontra-se, aqui, exposta, através do modo como os países da América do Sul, e, ainda, Estados Unidos, Suíça e França adotaram os institutos da democracia semidireta.

Na América do Sul, a participação popular na atividade legislativa é pouco difundida, o sistema presidencialista é centralizado e os parlamentos tem um perfil reconhecidamente oligárquico. Se observados seus efeitos nos países que os tem como prática, constata-se que, apesar das diferenças que naturalmente os distinguem (econômicas, culturais, políticas, etc.), a efetivação dos instrumentos participativos tem saldo positivo.

É da América do Sul que temos notícias dos mais recentes referendos sobre reforma constitucional. Data do dia 28 de agosto de 1994, a consulta feita aos eleitores do Uruguai, que, perguntados se haveria necessidade de reformar a Constituição, 1.545.569 (67,54%) disseram que "não" e 70.597 (30,85%) que "sim". Com 2.288.375 habilitados, foram totalizadas 49.661 abstenções. Tal reforma poderia implicar, se aprovada, em substancial alteração no sistema eleitoral, porque, uma das pretensões reformistas, era criar a possibilidade de reeleição nos cargos de presidente e deputados.⁶¹

Quanto à experiência norte-americana, por se tratar de uma constante, a participação popular chega a atingir características próprias. Três são os fatores que se destacam na prática participativa nos Estados Unidos. Em primeiro lugar, destaca-se a informação, pois os eleitores tem acesso não só a imprensa falada e escrita, como, também, ao "manual do eleitor", que é um material produzido pelo próprio governo, com o fito de esclarecer a população. Dois outros fatores devem ser analisados em conjunto. A questão manipulação X poder econômico está relacionada com o fato de se descobrir se a presença de grupos economicamente fortes é questão determinante para a vitória ou derrota de uma proposta. Interessante notar, que o número elevado de iniciativas populares deve-se ao fato do procedimento adotado para o referendo ser mais complexo, dificultando, por isso, a sua realização⁶².

⁵⁹ Dados fornecidos pelo Centro de Documentação de Estudos Legislativos. Seção de Documentação Parlamentar/Brasília (DF).

⁶⁰ Lei 8.930 de 06/09/94. Art. 1º: "O art 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, passa a vigorar com a seguinte redação: São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940 - Código Penal, consumados e tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art.121, § 2º, I, II, III, IV e V); II - latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*); III - extorção qualificada pela morte (art. 158, § 2º); IV - extorção mediante seqüestro e na forma qualificada (art. 159, *caput*, e §§ 1º, 2º, 3º); V - estupro (art. 213 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); VI - atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único); VII - epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º). Parágrafo único. Considera-se também hediondo o crime de genocídio previsto nos arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, tentado ou consumado". [Inexistia o inc. I no texto antigo].

⁶¹ Dados fornecidos pela repartição de informações do Consulado do Uruguai/RJ.

⁶² Maria Victória Benevides, *ob. cit.*, pp. 171 e 184.

Também a Suíça tem rica e farta experiência no assunto. Nos cantões suíços, com relação à iniciativa popular legislativa, as matérias levadas como proposta, quando não marcadas por “efeito antecipativo” de decisão do legislativo, tem eficácia no sentido de “reforçar” um pronunciamento do legislativo. Os partidos minoritários conseguem, por consequência, marcar posição definindo linha de atuação, sendo que os mecanismos da democracia semidireta podem ser utilizados por pequenos partidos ou blocos partidários sem maioria suficiente no órgão legislativo, a fim de implementar reforma ou pontos do programa de governo francamente aprovados pela opinião pública. Neste país, o referendo efetivo, ou sua possibilidade, pode contribuir na superação de desacordos e/ou impasses favorecendo novo tipo de negociação entre partidos⁶³.

A França possui uma experiência traumática; no que diz respeito ao uso dos institutos de participação popular, por muitas vezes, sua utilização foi empregada exclusivamente como meio de fortalecer o poder pessoal do governante (Napoleão Bonaparte e De Gaulle). Como corolário, há, pelo mau uso, certo horror quanto ao referendo/plebiscito⁶⁴.

Do que foi dito, concluímos que, no âmbito do Direito Comparado, as experiências podem ser cingidas em dois pólos. O pólo negativo diz respeito aos países que tiveram poucas experiências de participação popular ou foram traumáticas. Dentre os de pouca experiência, é importante citar os países da América do Sul, pois a própria estrutura de governo dos mesmos dificulta o acesso do povo ao legislativo. Por outro lado, exemplo flagrante de desvirtuamento dos instrumentos de participação popular é o da França, onde, durante muito tempo, estes instrumentos foram utilizados como manobra da população por poder arbitrário. No pólo positivo, ressalta-se as contribuições da Suíça e Estados Unidos.

10. O Direito, ligado que é ao círculo social, reflete-o. O fenômeno não está separado do observador, antes pelo contrário, está com ele deglutido e enredado na individualidade daquele⁶⁵. Com essa e não com outra visão, o Direito deve, ao nosso sentir, ser encarado. Por isso, a Religião, a Arte, a Moral, a Política, a Economia, as Ciências Físicas, enfim, a multifária expressão do homem e de sua(s) realidade(s), influenciam-no.

Ao término de tudo que foi dito, em estudo que procurou trazer à evidência a democracia semidireta enquanto experiência, e, suas correlações teóricas, é possível traçar algumas conclusões que sintetizam as idéias desenvolvidas.

Vamos, então, finalmente, às conclusões:

1. a democracia semidireta ou participativa é um processo permanente de educação para a cidadania; o povo, como co-responsável, deixa de ser “objeto” para ser “sujeito” das relações sociais decisórias;
2. com a democracia participativa, o regime democrático, pelo processo constante de cobrança e controle da população, é fortalecido;

⁶³ *Id. ibid.*, pp. 77-8.

⁶⁴ *Id. ibid.*, p. 58.

⁶⁵ Esta citação é de Goethe. De “Os Anos de Viagem de Wilhelm Meister”. Máximas e Reflexões.

3. os instrumentos participativos (referendo, plebiscito e iniciativa popular legislativa) servem como forma de correção dos vícios de sistemas de governo desassociados da opinião pública;
4. os pequenos partidos, flagrantemente apoiados pela opinião pública, são fortalecidos;
5. dá-se ao povo, pelo âmbito municipal (próximo), o direito e oportunidade de decidir questões mais íntimas à sua comunidade, deixando para o plano federal (distante), as atribuições suas de conjunto;
6. criação de novas lideranças a partir de pequenas comunidades;
7. fonte de legitimação e recuperação da esfera política, em questões de impacto social, podendo evitar cisões.

RESUMO DA LEI N° 2.454/88 *

1. A LEI GARANTE:

- a participação popular na discussão, elaboração, acompanhamento e fiscalização do Orçamento Municipal;
- a discussão de receitas extra-orçamentárias;
- a discussão dos recursos na globalidade: receitas, despesas, memorial de cálculo para folha de pagamento, etc.;
- a cobrança judicial, se necessário, da execução do Orçamento.

2. O PROCESSO DA ELABORAÇÃO:

- fica criada a Assembléia Municipal do Orçamento, que se reunirá no 1º trimestre de cada ano, para analisar a prestação de contas do ano anterior, a execução do Orçamento do ano em curso e elaborar o Regimento Interno da Assembléia do Orçamento.

3. A ASSEMBÉIA MUNICIPAL DO ORÇAMENTO (AMO)

- é composta por delegados eleitos na Assembléia Geral das entidades organizadas do município;
- a listagem das entidades é responsabilidade do Conselho Comunitário;
- cada entidade elegerá 3 delegados efetivos e 3 delegados suplentes em Assembléia Geral convocada para este fim;
- os vereadores são delegados natos;
- a AMO escolherá a coordenação, a secretaria, a comissão de fiscalização, comissões para estudo e outras equipes necessárias;
- só pode iniciar seus trabalhos com a presença de, no mínimo, 1/3 das entidades cadastradas e só pode deliberar com a metade mais 1 das entidades;
- o Poder Executivo será responsável pela infra-estrutura necessária para a convocação e organização da AMO.

4. ATRIBUIÇÕES DA COMISSÃO DE ACOMPANHAMENTO E FISCALIZAÇÃO

- fiscalizar e controlar a execução do Orçamento;
- convocar, junto com o Conselho, as AMO;
- é composta de 7 delegados efetivos, 7 suplentes e mais os vereadores;

5. OBRIGAÇÃO DO PODER EXECUTIVO E LEGISLATIVO

- prestar todas as informações necessárias aos delegados;
- auxiliar o Conselho Comunitário a convocar e organizar a AMO;
- submeter à AMO qualquer endividamento do Município;
- fazer relatórios periódicos sobre a execução do Orçamento;
- apresentar no prazo de 90 dias as justificativas de não cumprimento do cronograma de obras.

* Dados fornecidos pelo Conselho Comunitário de Vila Velha

QUADRO NORMATIVO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR EM VIGOR

TIPO DE PROPOSTA	NÚMERO DE ASSINATURAS	APOIO DE ENTIDADES	FORMALIZAÇÃO	NÚMERO DE PROPOSTAS	PRAZO
Emendas Populares ao Projeto de Constituição Federal (RIANC)	30.000 eleitores	No mínimo 3	Na forma de emenda popular	Cada eleitor poderá subscrever 3 propostas (ar. 24, VIII)	30 dias a partir da publicação do projeto (art. 23, §1º art. 24, caput)
Emendas Populares ao Projeto de Constituição Estadual (RIACRJ)	3.000 eleitores	No mínimo 3	Na forma de emenda popular	_____	15 dias a partir da publicação do projeto
Emendas Populares ao Projeto de Lei Orgânica Municipal (RILOMRJ)	1.500 eleitores	Somente uma entidade	Na forma de emenda popular	_____	10 dias a partir da publicação do projeto
Projeto de Lei Federal (CF de 1988, art. 61, §2º e RICD, art. 252 caput)	1% do eleitorado nacional distribuído por no mínimo 5 Estados, com 0,3% dos eleitores de cada um	_____	Na forma de projeto de lei (art. 252, IX)	Cada eleitor poderá subscrever 1 proposta	_____
Projeto de Lei Estadual (CE, art. 119 e RIAL art. 209, caput)	0,2% do eleitorado do Estado, em 10% dos municípios, com, no mínimo, 0,1% dos eleitores de cada um	_____	Na forma de projeto de lei (art. 209, VIII)	_____	_____
Projeto de Lei Municipal (LOM, art. 80, I)	5% do eleitorado do município ou de bairros	Facultativo (art. 80 I, II, III)	Na forma de projeto de lei (art. 80 I, II, III)	_____	_____

ABREVIATURAS:

CF: Constituição Federal

LOM: Lei Orgânica Municipal

RIACERJ: Regimento Interno da Assembleia Constituinte do Estado do Rio de Janeiro

RIAL: Regimento Interno da Assembleia Legislativa

RIANC: Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte

RUM: Regimento Interno da Câmara Municipal

RILOMRJ: Regimento Interno da Lei Orgânica Municipal do Rio de Janeiro

RUCD: Regimento Interno da Câmara dos Deputados

QUADRO EXPOSITIVO DA UTILIZAÇÃO DOS MECANISMOS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR

TIPO DE PROPOSTA	NÚMERO DE PROPOSTAS APRESENTADAS	ESTIMATIVA GLOBAIS DE SUBSCRIÇÕES	TEMAS MAIS VERBAIS
Emendas Populares ao Projeto de Constituição Federal (RIANC)	122	12.277.423	Preservação das Entidades (SESP, SENAI, SENAC e SESI), Reforma Agrária, Direito dos Trabalhadores, Educação, Direitos da Criança e do Adolescente, Ordem Econômica, Previdência, Participação Popular e Família.
Emendas Populares ao Projeto de Constituição Estadual (RIACRJ)	8*	_____	Educação, Transporte, Benefícios para os Portadores de Deficiência e Política Urbana.
Emendas Populares ao Projeto de Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro (LOMRJ)	20	16.057	Ordem Econômica e Social, Transporte, Tráfego e Comunicação, Educação, Administração Municipal, Política Urbana, Aposentadoria e Participação Popular, Impacto de Vizinhança, Defesa dos Direitos de Pessoas Portadoras de Deficiência.

ABREVIATURAS

* Dados obtidos até o momento

RIANC: Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte

RIACRJ: Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte do Rio de Janeiro

LOMRJ: Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro

BIBLIOGRAFIA

- ADORNO, Theodor W. [et. al.]. *Teoria da Cultura de Massa*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1990.
- _____. **HORKHEIMER, Max.** *Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro, Zahar Editor, 1991.
- AGESTA, Luis Sanches. *Principios de Teoria Política*. Madrid, editora Nacional, 1976.
- BARRACLOUGH, Geoffrey. *Introdução à História Contemporânea*. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1964.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania Ativa. Referendo, Plebiscito e Iniciativa Popular Legislativa*. Editora Ática, São Paulo, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Diretos*. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992.
- Brasília, DF, Universidade de Brasília, 1991.
- _____. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo, Brasiliense, 1990.
- _____. *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1989.
- _____. **MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO, Gianfranco.** *Dicionário de Política*.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- _____. **e Andrade, Paes de.** *História Constitucional do Brasil*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **MOREIRA, Vital.** *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol I. Coimbra, Coimbra Editora, 1994.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As Grandes Obras Políticas de Maquiavel aos Nossos Dias*. Rio de Janeiro, Agir, 1990.
- CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.
- DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito Constitucional (Instituições de Direito Público)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- ENTELMAN, Ricardo. *Discurso Normativo y Organización del Poder: La distribución del Poder a través de la Distribución de la Palabra*. Buenos Aires, 22 de abril de 1985.
- FERREIRA, Luís Pinto. *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno*. São Paulo, Saraiva, 1983.
- _____. *Comentários à Constituição Brasileira*, Vol I. São Paulo, Saraiva, 1989.
- GARCIA DE MORAES, Jorge Solano e **FERNANDES DA TRINDADE, Auta.** *Participação Popular no Orçamento da Prefeitura de Vitória*. Revista Proposta, nº 54, agosto de 1992.
- GARCIA-Pelayo, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, Revista de Occidente, 1964.
- HABERMAS, Jürgen. *Para a Reconstrução do Materialismo Histórico*. São Paulo, Brasiliense, 1990.
- _____. *Soberania Popular como Procedimento. Um Conceito Normativo de Espaço Público*. Novos Estudos CEBRAP, nº 26, março de 1990.
- HOBSBAWM, Eric J. *A Era das Revoluções 1784-1848*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1991.
- _____. *Nações e Nacionalismo desde 1780*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1990.
- KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo, Martins Fontes, 1993.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo, Martins Fontes, 1992.
- KROHLING, Aloisio. *Poder Político e Sociedade*. Vitória, UFES, 1987.
- LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática*. Brasiliense, São Paulo, 1989.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, 1976.

- MERQUIOR, José Guilherme. *O Liberalismo (Antigo e Moderno)*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1991.
- O'DONNELL, Guillermo. *Anotações para uma Teoria do Estado (I)*. Revista da Cultura Política nº 3, novembro/janeiro, 1987.
- _____. *Anotações para uma Teoria do Estado (II)*. Revista da Cultura Política nº 4, fevereiro/abril, 1988.
- ORTEGA Y GASSET, José. *A Rebelião das Massas*. Rio de Janeiro, Livro Ibero-Americano, 1959.
- PEREIRA, Simone Ambros e PRATES, Cleusa. *Gestão Popular e Orçamento em Porto Alegre*. Revista Proposta, nº 54, agosto de 1992.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, Liberdade, Igualdade (Os três Caminhos)*. São Paulo, José Olympio Editora, 1945.
- QUIRINO, Célia Galvão e MONTES, Maria Lúcia. *Constituições Brasileiras e Cidadania*. São Paulo, Editora Ática, 1987.
- ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Coleção Os Pensadores, São Paulo, Abril Cultural, 1978.
- RUIZ, Alicia E. C. *La Ilusión de lo Jurídico*. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Grupo "Derecho y Sociedad", Buenos Aires, abril de 1985.
- SARTORI, Giovanni. *A Teoria da Democracia Revisitada (I. O Debate Contemporâneo)*. Editora Ática, São Paulo, 1994.
- SOARES, Luiz Eduardo. *Representação Política, Participação e Intersubjetividade: Uma Resenha Crítica*. Rio de Janeiro, IUPERJ, 1988.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A Democracia na América*. Editora da USP, São Paulo, 1977.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *Derecho Político*, Volumen II. Madrid, Editorial Tecnos, 1974.
- _____. *Princípios de Ciência Política*, Tomo I. Madrid, Editorial Tecnos, 1973.
- WEBER, Max. *Ensaio de Sociologia*. Rio de Janeiro, Editora Guanabara, 1982.
- _____. *Sobre a Teoria das Ciências Sociais*. São Paulo, Editora Moraes, 1991.

FONTES

- Atas da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília (DF), 1987.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988. São Paulo, Saraiva.
- Constituição da República Portuguesa de 2 de Abril de 1976 c/ Revisão nº 1/1982. Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas.
- Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas de 7 de Outubro de 1977. Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas.
- Constituição do Japão de 3 de Maio de 1947. Rio de Janeiro, Edições Trabalhistas.
- Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Niterói, Imprensa Oficial, 1989.
- Deliberação nº 2/89 da Câmara Municipal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, [Publicação Interna], 1989.
- Diário do Congresso Nacional (Seção I). Brasília (DF), terça-feira, outubro de 1993.
- Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1992.

- Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 1991.
- Regimento Interno da Assembléia Constituinte do Rio de Janeiro. Divisão Gráfica da ALERJ, 1988.
- Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação Coordenação de Publicações, Brasília (DF), 1993.
- Regimento Interno do Senado Federal. Brasília (DF), 1991.
- Resolução nº 2, de 1987. Centro Gráfico do Senado Federal, [Republicação], 1988.

**OBRIGAÇÃO DE FAZER. TELERJ. LINHA TELEFÔNICA.
PROCEDÊNCIA**

**JUIZADO DE PEQUENAS CAUSAS DO CONSUMIDOR -
COMARCA DA CAPITAL
(JUÍZO DE DIREITO DA 6ª VARA DE ÓRFÃOS E SUCESSÕES -
RECURSO)**

PROCESSO Nº 625/93

Cristina Tereza Gaulia*

Autor: Francisco Ferreira das Chagas

Ré: Telecomunicações do Rio de Janeiro S.A. - Telerj

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de ação movida pelo Autor em face da Ré, ambos nomeados às fls. 02 e aquele ali qualificado, em que o primeiro pretende ver cumprida obrigação de fazer do 2º, qual seja a efetiva transferência da linha telefônica número 364-3191 para o endereço referido às fls. 02.

* Juíza de Direito e Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

Esclarece a vestibular que a Ré não cumpriu sua obrigação sob a alegação de não possuir condições técnicas para prestar o serviço na forma do contrato; que apesar dos constantes apelos do Autor este não obtém o serviço almejado.

Requer a efetiva reparação dos danos patrimoniais com fulcro no art. 60, VI, do Código de Defesa do Consumidor e junta aos autos os documentos de fls. 04/09.

Regularmente citada a Ré, vieram aos autos seus documentos de representação (fls. 11/13).

Tentada a conciliação conforme se vê às fls. 14, restou a mesma malograda, trazendo o Autor aos autos, nesta ocasião, os documentos de fls. 15/38, compostos de inúmeras reportagens e cartas publicadas na imprensa escrita sobre problemas análogos aos seus com relação à Ré; concernentes, ainda, à ampliação de serviços da Ré como telefonia celular e video-texto, bem como sentença anterior de conhecido Magistrado *a quo* sobre o mesmo tema *decidendo* (decisão em prol de pretensão semelhante à do ora Autor).

A Ré apresentou contestação conforme se verifica às fls. 39/45 em que aduz, em resumo: que o Autor é carente do direito de agir, pois o Autor possui uma linha telefônica originada em contrato de plano de expansão (o de número 625038), classe residencial, compartilhado, adquirido de um terceiro, inicialmente instalado em outro endereço, com número referido na inicial; que houve pedido em 11/12/89 de alteração para o nome do Autor e mudança de endereço; que esta transferência de endereço demanda tempo face às condições técnicas desfavoráveis na área, o que era do conhecimento do Autor; que a linha anterior, justamente por ser a mesma compartilhada; que a Ré é obrigada a assegurar a continuidade do serviço no local da instalação o que não é o caso dos autos; que o comportamento da Ré está embasado no Regulamento do Serviço Público de Telefonia, consistente na norma 05/79, aprovada pela Portaria nº 663/79, editada pelo Exmº Sr. Ministro de Estado das Comunicações (que a Ré junta aos autos às fls. 47/50); que de acordo com a referida norma, parte do contrato de concessão disciplina o modo e a forma da prestação do serviço com caráter geral e coercitivo das disposições de ordem pública; que existem inúmeros outros pedidos de transferência na área de Campo Grande, e face a isso a Ré vê-se na contingência de obedecer a ordem cronológica dos pedidos, sob pena de ser acusada de favoritismo; que o mérito confunde-se com a preliminar, mas que, além disso, a Ré é concessionária de serviços públicos de Telecomunicações e, por isso, regida pelo direito público e não sujeita aos mesmos princípios do direito privado; que o contrato ao qual o usuário adere é de concessão de serviço público, de natureza administrativa, e com características próprias.

Requer a acatamento da preliminar ou a improcedência do pedido.

Junta os documentos de fls. 46/87, inclusive diversas decisões de 1º e 2º graus, proferidas por vários eminentes Colegas em desfavor da pretensão do Autor.

Na A.I.J. ocorreu o que se vê na assentada de fls. 88, não se chegando a acordo.

A R. Sentença de 1º grau veio às fls. 90/91, acolhendo a pretensão autoral e dispondo em sua conclusão:

"Isto posto **JULGO PROCEDENTE** o pedido para condenar a ré a providenciar a instalação da linha telefônica a que o autor faz jus no prazo máximo de 90 dias, a partir desta data, sob pena de multa diária correspondente a 5(cinco) TRDs. Custas e honorários na forma da Lei."

Inconformada, recorreu a Ré conforme consta de suas razões de fls. 93/100, em que repete e reforça as alegações da resposta, apresentando considerações doutrinárias na mesma linha, enfatizando, ainda, que a linha em questão é do tipo compartilhada e, por conseguinte, tem uma dificuldade adicional, posto que se condiciona à possibilidade de compartilhamento, pois nesse sistema, cada terminal serve a dois assinantes, cujos endereços devem ser próximos o suficiente para que o atendimento de ambos se dê pelo mesmo par de fios de rede, variando apenas o "lateral" ou derivação que se dirige à residência de cada um deles; que em função dessas restrições a participação financeira dos assinantes de linhas compartilhadas era equivalente à metade daquela necessária à obtenção de uma assinatura do sistema de linha exclusiva; e que o conceito de serviço adequado do ponto de vista administrativo, não pode ser interpretado como serviço excelente ou perfeito, mas como o melhor serviço possível dentro das condições sócio-econômicas e políticas do país, havendo de ser visto do ponto de vista da discricionariedade que envolve o Poder Público como um todo.

Requer a reforma da Sentença que considera inclusive atentatória à Constituição Federal.

Regularmente preparado o recurso, vieram aos autos as contra-razões do Recorrido às fls. 104/107, que repetindo os argumentos da R. Sentença recorrida, transcreve o art. 39, IX, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que seria aplicável à espécie em Julgamento, *verbis*:

"É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços:

.....
.....

IX - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério;"

alinha, ainda, a potestividade pura da cláusula que trata como estimativo o prazo de instalação de linha telefônica, aquela repelida contra a lei civil, vez que deixa ao arbítrio de uma das partes o cumprimento de obrigação contratual; que o Recorrido não pode ficar a mercê do serviço público, ainda mais já tendo sido quitado todo o débito; que, mesmo quando há cessão entre os particulares de linhas telefônicas, o contrato com a concessionária permanece inalterado, sendo necessário o registro junto à recorrente que há de concordar com a mesma passando a integrá-la e não podendo posteriormente negar-se a fazer a instalação; que há de se dar um basta à incompetência das concessionárias de serviço público, e ao modo como as mesmas tem se comportado recebendo integralmente o preço

pelo serviço que após não é instalado; que quando quer a Recorrente dá mostras de bom trabalho como ocorreu na época da ECO-92.

Requer a manutenção da R. Sentença.

É o relatório.

Tudo visto e examinado passo ao voto.

A questão há de ser decidida à luz do direito administrativo, não sendo possível aplicar-se, no caso em tela, o direito privado.

E isto porque a TELERJ é concessionária do serviço público, significando que lhe foi delegada pelo Executivo, como a *longa manus* a execução do serviço de telefonia, tudo conforme o art. 21, XI, da Constituição Federal.

Logo, não há dúvida que o contrato que a TELERJ firma com o particular é um contrato administrativo e, como tal, sujeito a todos os princípios que regem os contratos administrativos.

Característica essencial desse tipo de contrato, não se desconhece, é ter a Administração Pública, no caso através da concessionária, uma supremacia de poder. Destarte, os contratos administrativos tem "peculiaridades que os contratos comuns, sujeitos às normas do Direito Privado, não ostentam. Tais peculiaridades constituem, genericamente, as chamadas cláusulas exorbitantes, explícitas em todo contrato administrativo" (*in Direito Administrativo Brasileiro*, de Hely Lopes Meirelles, 18ª edição, 2ª tiragem, página 197).

Pode-se claramente deduzir que cláusulas exorbitantes são pois aquelas que revelam a pré-falada supremacia da Administração Pública em relação ao particular.

Impensável a cláusula exorbitante em se tratando de contrato privado, posto que ferido ficaria o princípio da igualdade dos contratantes, porém, de todo possível em se tratando do contrato administrativo.

Todavia, tais cláusulas não de ser previamente estabelecidas no contrato que será sempre regulamentado por lei.

É precisamente o que ocorre no presente caso.

O serviço de Telefonia é serviço público, cujo fornecimento exclusivo é da TELERJ, enquanto concessionária, contratado com o particular através de contrato administrativo, cujo regulamento é previamente estabelecido pelo Poder Público concedente através de portarias, atos, normas ou regulamentos. *IN CASU*, em vigor, a Portaria 663 de 18.07.79 do Ministério das Comunicações (fls. 47/50) que "disciplina e uniformiza as obrigações recíprocas entre os usuários e as entidades prestadoras de serviço telefônico público."

E Esclarece tal portaria logo de início, no item 7 e 7.1, sua primeira cláusula exorbitante, a saber;

7. - "A utilização do serviço implica na adesão do Usuário, para todos os efeitos legais, a esta Norma e às demais disposições que regulam a sua prestação."

7.1 - "As condições de prestação do serviço podem ser alteradas, a qualquer tempo, por ato da autoridade competente, atendendo a motivos de ordem técnica ou de interesse geral."

E mais adiante:

32: "É facultada a mudança do local de prestação individualizada de serviço objeto de assinatura, dentro da mesma localidade."

32.1: "Caso a Prestadora não tenha condições técnicas para a prestação do serviço no novo local, deve registrar a solicitação de mudança para oportuno atendimento, podendo o Assinante optar:

- a) pela continuidade do serviço no local em que ele vinha sendo prestado;
- b) pela mudança provisória para outro local em que haja condições;
- c) pela suspensão da prestação do serviço, cessando, neste caso, a obrigação de pagamento da tarifa durante o prazo de suspensão."

Assim, pelo que se vê não é possível, do ponto de vista do contrato (e da portaria que o regulamenta) a aplicação da exceção de contrato não cumprido - *exceptio non adimpleti contractus* - usualmente invocada nos contratos privados.

Essas cláusulas exorbitantes encontram sua origem no poder discricionário que o direito concede à Administração direta e indireta, ou seja, mais uma vez citando o mestre Hely (*in Direito Administrativo Brasileiro*, de Hely Lopes Meirelles, 18ª, 2ª tiragem, página 102), é o poder

"... para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo."

É sobre tais argumentos que a Recorrente assenta sua resposta ao pedido cominatório do Recorrido, bem como suas razões de recurso.

Entretando, é justamente sobre os conceitos usados pela concessionária que se evidencia a necessidade de atuação efetiva do Poder Judiciário.

Ora, se à Administração é possível, sempre em nome do primado do interesse social, discricionariamente estabelecer cláusulas exorbitantes e o particular está impedido de

exigir daquela o adimplemento do contrato, como deverá ser interpretado o artigo 175 da Constituição Federal/88 que estabelece precisamente:

"Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado." (grifos nossos)

Ou seja, se não for através do Judiciário, de ação regularmente proposta, que instrumento terá o particular para exigir os direitos que a Constituição Federal lhe garante como usuário do serviço público?

Se não houver a interferência do Judiciário a favor do particular, *data maxima venia* dos doutos e sábios posicionamentos contrários, estaremos vivendo não a discricionariedade do Poder Público, esta sim saudável, mas o seu arbítrio.

No dizer do mesmo Administrativista invocado pela Recorrente (*in Direito Administrativo Brasileiro*, Hely Lopes Meirelles, 18ª edição, 2ª tiragem, página 103):

"Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pela Direito é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido. De há muito já advertia Jéze: *Il ne faut pas confondre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire*. Mais uma vez insistimos nessa distinção, para que o administrador público nem sempre familiarizado com os conceitos jurídicos, não converta a discricionariedade em arbítrio..."

No caso que ora se examina há nítido desrespeito ao interesse público. E não só desrespeito como negação frontal à regra constitucional acima citada, pois a portaria 663/79 do Ministério das Comunicações só atende os interesses da própria Administração em detrimento completo dos direitos do usuário.

Vários são os juristas de escol que se colocam a favor da possibilidade de controle judicial sobre os atos praticados pela Administração com fundamento neste poder. Assim Seabra Fagundes, como relator do acórdão TJRN, RDA 14/54, Victor Nunes Leal, em estudo específico sobre o assunto, e o próprio Hely, sempre a frente de seu tempo:

"A prática, entretanto, tem demonstrado que a minguada de cláusulas em favor do usuário vem dificultando o reconhecimento de seus direitos e estimulando abusos de toda ordem pelas poderosas empresas concessionárias, mais preocupadas com a obtenção de lucros que com a eficiente e pronta prestação dos serviços a que se obrigaram. Além disso, injustas discriminações têm sido observadas na execução dos serviços concedidos, por favoritismo ou interesse escusos, sem que os preteridos tenham meios de coagir o concessionário à estrita observância contratual e regulamentar. Assim, a presença de cláusulas asseguradoras dos direitos do usuário e das obrigações corretas do concessionário, com as sanções respectivas, ensejará o chamamento do faltoso a Juízo, no momento em que descumprir o estipulado. A esse propósito já tivemos oportunidade de decidir que o usuário, desatendido na obtenção de qualquer serviço concedido, tem pedido cominatório (art. 287, CPC) para haver judicialmente a prestação que lhe é assegurada, com todos os consectários da condenação" (grifos nossos).

E a jurisprudência dos Tribunais em decisões alviçareiras endossa tal posição (RT 202/408, RDA 25/263, RT 232/196).

Nesse momento de crise sócio-econômica e política que vive a sociedade brasileira, compete ao Poder Judiciário a desmistificação dos conceitos enraizados, principalmente aqueles que apontam para a invulnerabilidade do Poder Público, como um super-homem no comando da máquina administrativa.

O Judiciário pode e deve interferir em favor do homem comum que até hoje nada consegue nas batalhas contra a máquina estatal, sabidamente emperrada e burocratizada.

Assim, se a TELERJ detém os meios para implantar os serviços de telefonia celular, e se consegue a verdadeira façanha de, em curtíssimo período de tempo, instalar centenas de terminais telefônicos numa área "fechada", como a Barra da Tijuca, como ocorreu durante a ECO-92, é porque dispõe dos meios de atender também a população em geral que, como o Recorrido, tem de esperar anos a fio por um telefone.

O que falta à concessionária é moralidade administrativa, aquela moralidade a que já se referiam os romanos *non omne quod licet honestum est*, ou seja, nem tudo que é legal é honesto.

Assim é que o TJSP em inédita decisão consagrou:

"... que pela só infringência do princípio de moralidade administrativa, é possível a anulação de ato administrativo (RJTJSP 135/31), bem como a anulação de lei de efeitos concretos (RT 673,61)."

Isto posto, VOTO no sentido de ser integralmente mantida a R. Decisão do Doutor Juiz de Direito que julgou procedente a pretensão do Recorrido e fixou o prazo de 90 dias, a partir da data da prolação da setença, sob pena de pagamento de multa diária de 05 TRD's.

Rio de Janeiro, 24 de setembro de 1993.

Cristina Tereza Gaulia
Juíza de Direito