



**DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE**

**Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro  
Departamento de Ciências Jurídicas  
nº 1, Julho/Dezembro 1991**

- Do Papel do Direito como questionador da Justiça substancial... Ana Paula Tostes ..... pág 203.
- Sistema Distrital: Estudo Comparativo das Estruturas Inglesa, Alemã, Canadense e Americana... Antonio Maués e Marcos Moog ..... pág. 212.
- Constituição Econômica e Função Social da Propriedade. A Questão da Efetividade da Constituição de 1988 .... Maria Lúcia de Paula Oliveira ..... pág. 236.
- O Poder Soberano em Thomas Hobbes... Paulo Roberto S. Mendonça ..... pág. 254.

## 2. NOTÍCIAS E INFORMAÇÕES

- Escritório Modelo de Advocacia (EMA) da PUC-RIO. Algumas Informações... Firly Nascimento Filho .. pág. 268.

ARTIGOS

E

ENSAIOS

PARECER - ADMISSIBILIDADE DA ADOÇÃO DA PENA DE MORTE, DA ANTECIPAÇÃO DA REVISÃO CONSTITUCIONAL, DA SUPRESSÃO OU ANTECIPAÇÃO DO PLEBISCITO SOBRE FORMA E SISTEMA DE GOVERNO.

Adriano Pilatti\*

O eminente Deputado SIGMARINGA SEIXAS (PSDB-DF) formulou consulta nos seguintes termos:

"Gostaria de ser esclarecido quanto à admissibilidade constitucional de:

1 - Uma proposta de emenda à Constituição que convoque plebiscito para decidir sobre a adoção da pena de morte;

2 - Propostas de emendas à Constituição que visem à antecipação do plebiscito previsto no art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, bem como da revisão do art. 3º do ADCT, ou à supressão do referido plebiscito."

**1 - PREMISSAS BÁSICAS**

Ambas as indagações remetem ao princípio da supremacia formal das constituições rígidas e à dis -

---

\* Professor do Depto. de Ciências Jurídicas da PUC-Rio. Este trabalho foi elaborado no exercício das funções de Assessor Legislativo da Câmara dos Deputados, em abril de 1991.

tição, que lhe é conexa, entre Poder Constituinte Originário e Poder de Reforma Constitucional (ou Poder Constituinte Derivado, ou Poder Constituinte Instituído). Segundo Pinto Ferreira,

"O princípio da supremacia constitucional é reputado como uma pedra angular, em que se assenta o edifício do moderno direito político. De feito, as regras constitucionais são dotadas de uma superioridade profunda com relação às demais normas jurídicas. Essa hierarquia se justifica, a fim de se melhor manter a estabilidade social do grupo, estabelecendo-se um sistema de preceitos básicos a que se submete a conduta coletiva. (...)

A supremacia política e jurídica da constituição se reflete de duas maneiras diferentes: na suprallegalidade das suas regras e na imutabilidade relativa dos seus preceitos, assim dotados de uma superioridade objetiva e concreta na própria vida social." (1)

Ora, quando o autor faz referência à "imutabilidade relativa dos preceitos" de uma constituição, está a indicar que, sendo a lei suprema dotada de rigidez formal, a modificação do seu próprio texto somente pode ocorrer de acordo com o processo - e respei-

tados os limites - por ela mesma estabelecido. Isto porque a constituição é obra de um poder dotado de soberania e se destina, entre outros fins, a organizar e limitar os poderes por ele mesmo constituídos. Como afirmava Pontes de Miranda:

"Alguns juristas identificam o poder constituinte e o poder de reforma ou de emenda da Constituição. Tal confusão é danosa. O poder constituinte nunca seria acoimável de emitir regras jurídicas inconstitucionais. Tudo que ele elabora é Constituição, uma vez que elaborou com um propósito. Muito diferente é o que se passa com o poder revisional ou reformador, ou emendador. Esse está adstrito a regras jurídicas concernentes à reforma, ou a emenda, bem como, quase sempre a limitações do objetivo da reforma ou da emenda." (2)

Se o Poder Constituinte Originário é, por natureza, inicial, ilimitado e incondicionado, o mesmo não ocorre com o Poder de Reforma Constitucional, que - em se tratando de uma ordem constitucional dotada de rigidez - estará sempre adstrito aos termos que a própria constituição lhe impõe. Vale dizer: por derivar de outro, é necessariamente subordinado e condicionado. Segundo José Afonso da Silva,

"É inquestionavelmente um poder limitado, porque regra do por normas da própria Constituição que lhe impõem procedimento e modo de agir, dos quais não pode arredar sob pena de sua obra sair viciada, ficando mesmo sujeita ao controle de constitucionalidade." (3)

No caso brasileiro, a tradição republicana é aquela da rigidez constitucional (diversamente do que ocorreu durante o Império, sob a Constituição de 1824, de natureza semi-rígida). Mesmo nos períodos de exceção (Estado Novo e Ditadura Militar), o Poder de Reforma Constitucional estava submetido a disciplina diversa daquela prevista para a atuação do Poder Legislativo. A Constituição de 5 de outubro de 1988, obra do Poder Constituinte Originário - a "Assembléia Nacional Constituinte livre e soberana" assim qualificada expressamente pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 26, de 27/11/85, que a convocou - mantém a tradição: é rígida, estabelecendo limites ao Poder de Reforma, seja no art. 60 das disposições permanentes, seja nos arts. 2º e 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Tais limites - materiais, temporais, circunstanciais e procedimentais - são imperativos, e os dis

positivos constitucionais que os consagram, intocáveis. Esta é a lição de Nelson Sampaio (4), ao recordar que o abrandamento, pelo Poder de Reforma, dos limites estabelecidos à sua própria atuação configuraria o que Lietau-Veaux denominou de "fraude à Constituição". De resto, a questão já havia sido enfrentada por Emmanuel de Sieyès, pai da moderna teoria do Poder Constituinte, ao escrever, em sentença lapidar, que

"Nenhuma espécie de poder delegado pode alterar nada nas condições de sua delegação". (5)

Isto posto, é possível responder de forma consistente às questões suscitadas pelo consulente.

## 2 - PENA DE MORTE

O exame da admissibilidade de uma proposta de emenda à Constituição que convoque plebiscito para decidir sobre a adoção da pena de morte remete ao exame das limitações materiais que a Constituição da República impõe ao Poder de Reforma, através da chamada "cláusula pétrea", tradição republicana que veda a deliberação sobre propostas de emenda tendentes a abolir determinados princípios nucleares da ordem constitucional. Trata-se, por conseguinte, de limites temáticos impos -

tos ao Poder de Reforma, com o objetivo de impedi-lo de desfigurar a espinha dorsal do sistema constitucional vigente, conforme a lição de Pinto Ferreira:

"Cumpra pôr no mais alto relevo esse princípio de que a reforma constitucional não implica em uma destruição da constituição vigente, não sendo possível nenhuma mudança constitucional que provoque uma substituição do sujeito do poder constituinte, ou de algum outro conteúdo fundamental cuja mudança é expressamente vedada pela constituição. Nesse sentido, as constituições estabelecem comumente um conteúdo mínimo, inviolável e intangível, considerado como a essência da constituição, também chamado por WITTMAYER, como 'o espírito da obra constitucional'. Esse conteúdo mínimo é justamente insuscetível de reforma, sob pena de destruição ou supressão da constituição". (6)

Sobre a estéril polêmica em torno da validade das normas constitucionais que consubstanciam "cláusulas pétreas", basta recordar a reflexão de Hans Kelsen:

"Se a norma da constituição que dificulta uma emenda é considerada obrigatória para o órgão legislativo,

vo, a norma que exclui qualquer emenda também tem de ser considerada válida. Não existe nenhum fundamento jurídico para interpretar essas duas normas de modos diferentes e declarar - como fazem alguns autores - que um dispositivo proibindo qualquer emenda é inválido por sua própria natureza". (7)

Nossas constituições republicanas anteriores - com exceção da Carta Fascista de 1937 - conferiram super-rigidez aos princípios republicano e federativo. Quanto a estes, assim se pronunciou Geraldo Ataliba, em raciocínio que é útil para o tema em análise:

"No que respeita, porém, a esses dois princípios, pode-se dizer que nossa Constituição é rigidíssima. Não há possibilidade de ser ela alterada quanto a essas matérias, nem mesmo por meio de emendas. Nesse ponto, ela é inalterável. Não pode o órgão de reforma, o Congresso Nacional, sequer discutir qualquer projeto tendente (que abrigue tendências, que leve; que conduza; que enca minhe; que facilite; que possibilite mesmo indiretamente) à abolição dos dois princípios, reputados tão importantes, tão fundamentais, tão decisivos, que tiveram um tratamento sacro, proteção absoluta, erigidos que foram em tabus jurídicos." (8)

A "cláusula pétrea" da Constituição de 1988 é o § 4º do art. 60, verbis:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos poderes;

IV - os direitos e garantias individuais."

Sobre ela, assim se manifesta José Afonso da Silva:

"É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: 'fica abolida a Federação ou a forma federativa de Estado', 'fica abolido o voto direto', 'passa a vigorar a concentração de Poderes', ou ainda 'fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação...', ou o habeas corpus, o mandado de segurança...'. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, 'tenda' (emendas tendentes,

diz o texto), para a sua abolição." (9)

Ora, a pena de morte é expressamente proibida pela Carta Magna - salvo em caso de guerra declarada - através do inciso XLVII do art. 5º, que, em seu caput, declara a "inviolabilidade do direito à vida". Matríz lógica e biológica de todos os demais direitos, o direito à vida é enunciado em primeiro lugar pelo dispositivo citado, abrindo o Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos - do Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Para assegurá-lo, a Constituição estabelece, entre outras, uma "garantia relativa à aplicação da pena" - conforme a classificação de José Afonso da Silva (10) - que é, em si mesma, um direito: o direito de não ser condenado à morte (direito individual típico, contra a ação do Estado), salvo em caso de guerra declarada. Sobre o tema, vale agregar a extraordinária análise do mestre José Afonso da Silva:

"A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais) (...). Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria



a Constituição assegurar ou tros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana (...), o direito à privacidade(...), o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência". (11)

Referindo-se a este último, assim se pronuncia o autor:

"Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital se não pela morte espontânea e inevitável". (12)

E, mais adiante, ao tratar especificamente da proscrição da pena de morte:

"Ao direito à vida contrapõe-se a pena de morte. Uma constituição que assegure o direito à vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte. É da tradição do Direito Constitucional brasileiro vedar a pena de morte, admitida só no caso de guerra externa declarada, nos

termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, "a"), porque, af, a Constituição tem que a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento cruciante". (13)

Assim, qualquer proposta de emenda à Constituição vigente que estabeleça a realização de plebiscito para decidir sobre a adoção da pena de morte, tende a abolir o direito à vida, através da eliminação de uma garantia deste - que é justamente a proibição da pena capital - sendo, ipso facto, inadmissível.

Embora prescindível, é oportuno fazer referência à Constituição de Portugal, de 25 de abril de 1976, inspiradora da nossa, que, em solução semelhante, dispõe:

"Artigo 24  
(Direito à vida)

1 - A vida humana é inviolável.

2 - Em caso algum haverá pena de morte.

.....  
.....

Artigo 290  
(Limites materiais da revisão)

.....

d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos".

Analisando tais limitações, J. J. Gomes

Canotilho e Vital Moreira afirmam:

"II - Através dos limites materiais de revisão garantem-se (...) os princípios fundamentais da Constituição, que precisamente por isso se transformam no núcleo essencial da Constituição, ou seja, aquele conjunto de princípios cuja permanência se torna necessária para a própria identidade da Constituição, e cuja alteração significaria, não uma alteração da Constituição, mas a substituição de uma Constituição por outra (...)"

II - O significado e o alcance jurídico-constitucional dos limites materiais de revisão dependem do sentido de cada uma das alíneas deste artigo. (...)

A solução deste problema não pode ser dada em abstrato. Ela dependerá do sentido constitucional de cada um dos domínios constitucionais garantidos contra a revisão, o qual não tem de ser idêntico para todos. Assim, o sentido constitucional da garantia dos direitos fundamentais

(als. d e e) é certamente o do seu alargamento, o que implica que a revisão constitucional pode acrescentar outros direitos fundamentais, mas não pode eliminar nenhum dos atualmente reconhecidos; pode levantar algumas das restrições aos direitos fundamentais atualmente previstos na Constituição, mas não pode criar outras restrições". (14)

Tal interpretação vem ao encontro, aliás, de exemplar veredito de Pontes de Miranda, ao abordar o tema revisonal:

"É essencial às evoluções que se mantenham os degraus subidos". (15)

Por conseguinte, uma proposta de emenda constitucional que convoque plebiscito para decidir sobre a adoção da pena de morte colide frontalmente com o limite material estabelecido pelo art. 60, § 4º, IV, não podendo, sequer, ser objeto de deliberação. É inadmissível e inconstitucional, cabendo, inclusive, controle jurisdicional da constitucionalidade do ato que, eventualmente, determine a inclusão em ordem do dia, para votação, de proposição com esse teor. Em nosso sistema normativo supremo, felizmente, o direito à vida e suas ga-

rantias são intocáveis, solidificados pela "cláusula pé trea", impedindo que se institua a estatização do homi-  
cídio.

### 3 - ANTECIPAÇÃO DO PLEBISCITO E DA REVISÃO

A segunda indagação do consulente concer-  
ne à admissibilidade de proposta de emenda constitucio-  
nal que antecipe o plebiscito e a revisão previstos nos  
arts. 2º e 3º do Ato das Disposições Constitucionais  
transitórias, verbis:

"Art. 2º No dia 7 de se-  
tembro de 1993 o eleitorado  
definirá, através de plebis-  
cito, a forma (república ou  
monarquia constitucional) e  
o sistema de governo (parla-  
mentarismo ou presidencialis-  
mo) que devem vigorar no  
País.

.....

Art. 3º A revisão consti-  
tucional será realizada após  
cinco anos, contados da pro-  
mulgação da Constituição, pe-  
lo voto da maioria absoluta  
dos membros do Congresso Na-  
cional, em sessão unicame-  
ral."

Tais dispositivos estabelecem o cronogra-  
ma para a realização do plebiscito sobre forma e siste-

ma de governo e a realização da revisão que àquele deve  
suceder. São, por conseguinte, interdições temporais, li-  
mites formais estabelecidos pelo Poder Constituinte Ori-  
ginário ao Poder de Reforma (no caso, poder reformador  
de revisão). Não cabe a este último alterar as condições  
temporais de sua delegação, para usarmos a expressão su  
pramencionada de Sieyès. Esta é a orientação de Nelson  
de Sousa Sampaio:

"Em nosso modo de ver,  
todas essas limitações tem-  
porais da revisão constitu-  
cional, sejam permanentes ou  
transitórias, não podem ser  
afastadas através de refor-  
ma da constituição, porque,  
do contrário, teríamos con-  
ferido ao poder reformador  
a faculdade de libertar-se  
das condições de tempo de  
seu exercício, impostas pe-  
lo legislador constituinte.  
(...) Proibições dessa or-  
dem estabelecem um período  
de fixidez constitucional,  
que não pode ser abolido ou  
encurtado pelo poder refor-  
mador (...). O inverso, en-  
tretanto, nada tem de inadmis-  
sível. O poder reformador  
poderá prever ou estender o  
prazo de irreformabilidade  
da constituição, pois, em  
tal hipótese, estaria ele  
próprio criando ou tornando  
mais rigorosas as condições  
de tempo para o seu exercí-  
cio." (16)

No caso em tela, não há propriamente irreformabilidade, pois alterações à Constituição podem ocorrer a qualquer tempo, observados os limites e requisitos das disposições permanentes, salvo as limitações circunstanciais do art. 60, § 1º (proibição de emendas durante intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio). O que não pode ocorrer é a antecipação da revisão e do plebiscito que lhe deve anteceder, pois, aqui, a Constituição estabeleceu um lapso temporal com o objetivo de permitir o amadurecimento da nova ordem suprema, e a experimentação concreta da República presidencialista redemocratizada. Tal prazo foi reputado essencial para a devida avaliação que deve preceder a decisão plebiscitária e a conseqüente atividade revisional. Assim, antes de 7 de setembro de 1993 não pode haver o plebiscito em pauta; e, antes de 5 de outubro de 1993, não pode haver revisão.

Cabe observar, ainda, que o cronograma estabelecido pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias há de ser preservado em sua inteireza, inclusive no seu encadeamento, ou seja, o plebiscito necessariamente deve preceder a revisão, eis que se constitui um requisito procedimental desta, como se verá no item seguinte. Assim, se é possível seguir Nelson de Sousa

Sampaio e afirmar que - não obstante a interdição de antecipações - adiamentos podem ser propostos, tais adiamentos devem respeitar a seqüência estabelecida: não se pode, pois, transformar, por hipótese, a consulta plebiscitária em referendo.

Pelo exposto, cumpre concluir que, configurando as datas previstas nos arts. 2º e 3º do ADCT limitações temporais do Poder de Reforma, não pode este atenuá-las, através de proposta de emenda constitucional que estabeleça a antecipação. Proposições dessa ordem são, assim, inadmissíveis.

Esta, aliás, a posição oficial do Instituto dos Advogados Brasileiros, manifestada em indicação cujo parecer foi aprovado por unanimidade, tendo suas conclusões sido publicadas na Tribuna do Advogado (OAB-RJ - março 1991, p. 10), das quais destacamos o trecho seguinte:

"Assim, quando os constituintes de 1988, eleitos através do voto secreto e universal para serem efetivamente constituintes, fixaram a data de cinco anos contados da promulgação da Constituição para a revisão constitucional, estabeleceram eles, porque tinham poder constituinte originário para tal, re

gra e princípio que não se po  
de modificar."

#### 4 - SUPRESSÃO DO PLEBISCITO

Conforme o explicitado acima, o plebiscito previsto no art. 2º do ADCT constitui-se em limite procedimental ao Poder de Reforma. Exatamente por estar adstrita à decisão plebiscitária é que a revisão está prevista de forma a realizar-se logo em seguida. Toda e qualquer tentativa de libertar o poder reformador de revisão do vaticínio popular é, assim, inadmissível. Além disso, uma proposta de emenda constitucional destinada a suprimir o plebiscito sobre forma e sistema de governo teria um caráter usurpatório absolutamente inaceitável, pois implicaria em retirar da cidadania - fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República, fonte e agente do poder político, segundo o art. 1º, inciso II e parágrafo único da Carta Magna - uma prerrogativa que o Poder Constituinte Originário lhe conferiu.

Prerrogativa popular e limitação procedimental ao Poder de Reforma, o plebiscito em tela não pode ser por aquele suprimido, desde que se recorde, mesmo que já à exaustão, a lição de Sieyès: não cabe ao po

der delegado alterar, atenuar as condições de sua delegação. Uma tentativa dessa natureza configuraria verdadeiro golpe parlamentar, inadmissível do ponto de vista jurídico-constitucional e inaceitável do ponto de vista ético-político.

#### 5 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, as respostas às indagações formuladas pelo ilustre parlamentar são todas igualmente negativas. São inadmissíveis propostas de emenda à Constituição que visem: à adoção da pena de morte; à antecipação do plebiscito e da revisão previstos nos arts. 2º e 3º do ADCT; à supressão do plebiscito referido. A inadmissibilidade de deriva, respectivamente, dos limites materiais, temporais e procedimentais estabelecidos ao Poder de Reforma pela Constituição de 5 de outubro de 1988.

Proposições dessa ordem não podem ser admitidas; não podem ser objeto de deliberação. Se porventura vierem a ser acolhidas, votadas e aprovadas, serão passíveis de arguição de inconstitucionalidade, e - a prevalerem os princípios basilares do Direito Constitucional moderno e contemporâneo - certamente fulmina-das pela Suprema Corte, guardiã maior da Constituição da República.

NOTAS

- (1) cf. Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno, Rio, José Konfino Ed., 1951, vol. 1, pp. 132-134.
- (2) Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969, Tomo III, Rio, Forense, 1987, p. 133.
- (3) cf. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 58.
- (4) O Poder de Reforma Constitucional, Salvador, Progresso, 1954, p. 91.
- (5) Que Es el Fercer Estado? Madrid, Aguilar, 1973, pp. 76-77.
- (6) Op. Cit., p. 175.
- (7) Teoria Geral do Direito e do Estado, São Paulo, Martins Fontes, UnB, 1990, p. 254.
- (8) República e Constituição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985, p. 11.
- (9) Op. Cit., p. 59.
- (10) Op. Cit., p. 379.
- (11) Op. Cit., p. 177.
- (12) Idem, ibidem.
- (13) Op. Cit., p. 180.

- (14) Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra, Ed. Ltda., 1978, pp. 514-516.
- (15) Op. Cit., p. 146.
- (16) Op. Cit., p. 82-83.

INTERVENÇÃO DO ESTADO X SISTEMA DE MERCADO:  
CONFRONTANDO HAYEK E OLSON

Gisele Cittadino\*

A decadência da ordem liberal. Esta é uma questão que, ao meu ver, perpassa tanto as preocupações de Hayek quanto as de Olson. E, neste sentido, ambos os autores estão interessados em dar conta do funcionamento da ordem de mercado nas sociedades modernas.

Partindo de esquemas conceituais distintos, Hayek e Olson, ao analisarem as modernas sociedades complexas, chegam de certa forma a um ponto comum, o da luta travada entre o mercado e as organizações. No entanto, a forma de articulação das relações entre o mercado e as organizações, no pensamento destes autores, é abordada de forma distinta.

Com efeito, Olson parte do pressuposto de que o mercado forja as próprias condições favoráveis ao surgimento das organizações. E uma vez estabelecidas, as organizações se acumulam, ultrapassando seu limite

de provisão do bem coletivo, para atender também aos interesses pessoais e particulares de seus membros. E isto provoca disfunções no mercado, porque, na verdade, não existem países que possam atingir uma organização simétrica das que promovem o interesse coletivo. Neste sentido, o que está por trás da concepção olsoniana da incapacidade de coordenação das atividades das organizações pelo sistema de mercado é seu conceito individual de racionalidade. O cálculo racional está, em Olson, estritamente vinculado aos indivíduos. Daí, a impossibilidade de uma racionalidade intrínseca à própria ordem de mercado.

Ao contrário, parece-me que, em Hayek, a ordem espontânea do mercado traz em si a racionalidade. Com efeito, o sistema de mercado, desde que sobre ele não atuem forças exógenas, permite o livre desenvolvimento do fluxo dos bens e das chances para todos os participantes realizarem seus desejos. Na verdade, mesmo as iniciativas mais despropositadas participam desta auto-realização, já que o desenvolvimento do mercado é um processo impessoal. Com isso, Hayek nos fala da capacidade, não percebida por Olson, que a ordem de mercado possui de coordenar as atividades de todas as organizações nele incluídas. O mercado, em Hayek, portanto, aparece como uma ordem que se desenvolve racionalmente a-

---

\* Professora da PUC-Rio e Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas.

través da história. E nem poderia ser de outra forma. Afinal, a concepção de natureza humana pressuposta por Hayek refere-se ao indivíduo como uma força essencial - mente mutável, indeterminada, em processo de formação e aberta a transformações imprevisíveis. Neste sentido, como se deduzir a ordem de uma sociedade a partir das supostas constâncias de uma natureza humana aberta às transformações? É preciso, portanto, encontrar a racionalidade que garante o sistema de mercado nele próprio, e não em um homem essencialmente mutável.

Na verdade, como podemos observar, a questão da luta travada entre o mercado e as organizações nas sociedades modernas - questão que se relaciona com a decadência da ordem liberal - implica tanto no pensamento de Hayek como no de Olson em outras problemáticas que necessitam ser abordadas. Para tanto, torna-se necessário analisar, se bem que de forma resumida e fragmentária, os principais argumentos propostos por Hayek e Olson. Posteriormente, tentaremos verificar como tais questões se relacionam no pensamento destes autores e quais as objeções que podem ser formuladas a partir da lógica da ação coletiva à concepção espontaneista da gênese da ordem social. Começemos por Hayek.

## I. HAYEK E A ORDEM ESPONTÂNEA DE MERCADO

O intervencionismo do Estado. Eis o mal essencial a ser combatido. A questão fundamental, para Hayek, neste sentido é que as crises econômicas do século XX resultaram do excesso de intervencionismo, que abre o "caminho da servidão": "se o resultado é tão diverso dos nossos objetivos - se ao invés de liberdade e prosperidade, é miséria e servidão o que temos pela frente - não está claro que forças funestas devem ter frustrado as nossas intenções, e que somos vítimas de algum poder maligno que deve ser dominado antes de retomarmos o caminho para melhores coisas" (1). Está claro, portanto, que o que importa é garantir a liberdade e retomar um certo caminho. O que tudo isso significa para Hayek?

Em primeiro lugar, importa ressaltar sua crítica à corrente construtivista. Neste sentido, se para Rousseau, por exemplo, os homens podem e devem construir suas instituições segundo um projeto deliberado e racional, para Hayek a razão não pode jamais dominar todos os dados necessários a tal deliberação, nem tampouco fazer tábula rasa do legado dos séculos anteriores. Portanto, à corrente construtivista pela qual os homens podem ser os mestres absolutos das instituições sociais,



Hayek opõe a visão das instituições espontaneamente formadas, lento produto da evolução autônoma da sociedade, fruto da acumulação cultural das gerações.

Com efeito, para Hayek, a concepção de uma mente completamente desenvolvida construindo as instituições que possibilitam a vida em sociedade é contrária a tudo o que se conhece sobre a evolução do homem. O homem, segundo Hayek, age antes de pensar e não compreende antes de agir. Na verdade, os homens aprendem por experiência, por intermédio de um processo de observação, difusão, transmissão e desenvolvimento de práticas que prevalecem porque dão bons resultados em termos de aumentar as chances de sobrevivência do grupo. Isto significa que o problema de o homem se conduzir com êxito num mundo apenas parcialmente conhecido é solucionado pela adesão a regras que servem bem. Estas regras que governam a conduta humana possuem, segundo Hayek, dois atributos. O primeiro deles refere-se ao fato de que as regras são observadas sem serem conhecidas pela pessoa que age de uma forma verbalizada ou explícita. Em segundo lugar, as regras são observadas porque, de fato, elas dão ao grupo no qual são praticadas uma força superior, e não porque tal efeito seja conhecido por aqueles que por elas se orientam (Cf. F.A. Hayek,

Law, Legislation and Liberty, Cap. I).

A questão fundamental, portanto, é que tais regras (as "regras universais de justa conduta") levam ao surgimento de uma ordem espontânea. Com efeito, "essa ordem... se baseia na adoção... de regras que vieram a prevalecer porque os grupos que as observam foram mais bem-sucedidos; e essa ordem existiu e cresceu em extensão muito antes que os homens percebessem sua existência e compreendessem seu funcionamento" (2). O que importa ressaltar, nesta perspectiva, é que, para Hayek, a importância decisiva da ordem espontânea está no fato de que ela permite o aparecimento da "grande sociedade" no sentido de que estende a possibilidade de coexistência pacífica dos homens para seu benefício mútuo para além do pequeno grupo cujos membros têm objetivos comuns. Portanto, as regras de justa conduta, enquanto mandatos legais universais exigidos pelo desenvolvimento da ordem espontânea, permitem que os indivíduos convivam pacificamente, mesmo quando seus objetivos não são comuns e mesmo quando não partilham os mesmos pontos de vista, a não ser aqueles que o próprio mandato reflete.

Na verdade, com essa discussão acerca da ordem espontânea, o propósito fundamental de Hayek é de-

monstrar que a ordem resultante do mercado escapa à vontade humana e que as instituições e regras que permitem o seu surgimento não são voluntária e conscientemente dominadas e conhecidas. Caracterizando o mercado como ordem espontânea, Hayek atinge dois objetivos. Por um lado, logra subtrair os resultados individuais do mercado de uma crítica fundada na idéia de justiça. Por outro, pretende demonstrar que o próprio sistema de economia de mercado tem uma legitimidade mais fundamental que aquela conferida por sua utilidade imediata. Ao contrário, é na história que podemos encontrar o fundamento de legitimidade do mercado enquanto ordem espontânea. Com efeito, em Hayek, as regras que permitem o funcionamento do mercado são "o puro produto da história... Posto que o mercado foi historicamente constituído, sua superioridade e sua legitimidade são estabelecidas pela história e pela seleção natural. Ele não é jamais conscientemente inventado... Ele se estabelece ele mesmo, historicamente, como o sistema mais eficaz" (3).

E exatamente desta concepção do mercado como produto da história e da seleção natural que decorrem todas as críticas de Hayek à questão do intervencionismo estatal, assim como sua defesa intransigente da

liberdade individual. Vejamos agora como tais questões se articulam. E, para tanto, citemos o próprio Hayek : "o conceito central do liberalismo é o de que sob a aplicação de regras universais de conduta justa, protegendo um reconhecido domínio privado dos indivíduos, formar-se-á uma ordem espontânea de atividades humanas de muito maior complexidade do que jamais se poderia produzir mediante arranjos deliberados e que, em consequência, as atividades coercitivas do governo deveriam limitar-se à aplicação dessas regras" (4).

O que podemos observar é que o verdadeiro fundamento do pensamento de Hayek refere-se à defesa radical da liberdade, ou seja, daquela situação onde os indivíduos não dependem da "vontade arbitrária de outrem" e onde podem utilizar seus recursos na consecução de seus próprios objetivos. E, neste sentido, a liberdade no mercado não significa o poder sobre as coisas, o domínio sobre determinada quantidade de recursos, mas simplesmente a capacidade que o indivíduo deve ter de fazer uso como o agrada dos recursos à sua disposição. E tais recursos, por sua vez, são dados, no sentido de que não são recolhidos pelos indivíduos, mas simplesmente emanam da natureza ou da sociedade. O mercado, portanto, quando impede que qualquer vontade humana

possa determinar a situação concreta dos indivíduos, favorece a liberdade. Em outras palavras, esta ausência de uma instância central consciente é o principal benefício do mercado, pois, não atendendo a qualquer fim particular, pode, por esta mesma razão, servir a todos os indivíduos.

É neste momento que Hayek introduz a distinção entre uma ordem espontânea baseada em normas abstratas e uma organização baseada em ordens. Neste sentido, importa ressaltar que a ordem espontânea de uma sociedade livre contém muitas organizações, inclusive a maior delas: o governo. A diferença fundamental entre ambas reside no fato de que, ao contrário das organizações, nem a ordem espontânea tem objetivos, nem é necessário haver concordância sobre os resultados concretos que produzirá. Assim, "a ordem de mercado, especialmente, não repousa nos objetivos comuns, mas na reciprocidade, isto é, na conciliação de diferentes objetivos, para o benefício mútuo dos participantes" (5).

Quando procura estabelecer a distinção entre as regras organizacionais e as regras universais de conduta, Hayek nota que ela assemelha-se àquela que diferencia a lei pública da lei privada. A lei pública de

termina a organização do governo, e tem por objetivo finalidades específicas, ao passo que a lei privada é de aplicação universal, independe de finalidades particulares, e é o produto de um processo evolutivo (Cf. A. de Crespigne, p. 84). Como afirma Hayek, a característica da sociedade liberal refere-se ao fato de que o indivíduo é obrigado apenas a obedecer as regras do direito privado e criminal. O problema fundamental surge com a progressiva permeação do direito privado pelo direito público, que significa a progressiva substituição de regras de conduta por regras de organização. Historicamente, "esse resultado se tornou possível em consequência do fato de que as mesmas assembleias representativas têm sido encarregadas de duas tarefas diversas: estabelecer regras de conduta individual e estabelecer normas e emitir ordens relativas à organização e conduta do governo. A consequência disso tem sido que o próprio termo "lei", que na antiga concepção do "império da lei" significa apenas regras de conduta aplicáveis igualmente a todos, passou a significar qualquer regra de organização ou mesmo qualquer diretriz específica aprovada pela legislatura constitucionalmente aprovada" (6).

A progressiva substituição das regras de

justa conduta pelas regras organizacionais trouxe sérias consequências para a liberdade individual. Como assinala Hayek, se a finalidade dessa progressiva substituição é obter resultados determinados para pessoas determinadas (promoção da justiça "distributiva"), o intervencionismo reabre aquilo que a ordem espontânea do mercado havia dis pensado: um acordo sobre os fins. E, para Hayek, é absolutamente impossível organizar uma ordem social a partir de fins, porque o fato de que os homens diferem na escolha de seus objetivos impede a formação de uma definição universal do bem. O liberalismo de Hayek aparece, neste sentido, "como a herança de uma modernidade que desquali fica as idéias de bem, de fins ou felicidade como fundamento da instituição política" (7).

Neste sentido, se o intervencionismo estatal reabre um acordo sobre os fins, importa, portanto, conferir ao Estado um papel eminentemente negativo. Com efeito, ele deve abster-se da interferência nos negócios da sociedade civil, o que pressupõe a capacidade de auto-regulamentação desta última, confirmando a exclusão da política do seu âmbito. Na verdade, isto significa que a despolitização da sociedade civil traduz o monopólio do Estado sobre a política.

O que podemos observar, nesta perspectiva, é que Hayek advoga a idéia da subordinação de todas as relações sociais às "leis de mercado", universo totalitá rio do qual nada pode subtrair-se. E ao supor que a comu nidade não é uma atividade (política), Hayek parece propor uma substituição das decisões políticas por normas sociais. No entanto, ele esquece o fato de que a sociedade burguesa não é uma ordem estável, nem o mercado uma associação harmoniosa.

O objetivo fundamental que podemos encontrar por trás da argumentação de Hayek consiste, de certa forma, numa tentativa de desorganizar a regulação política e incrementar o automatismo econômico. Restabelecer a ordem, portanto, já não significa organizar a sociedade, mas, ao contrário, desorganizá-la. Ou seja, importa desarticular os interesses organizados que promovem a distorção da auto-regulamentação espontânea do mercado.

Nesta perspectiva, parece que a luta se trava entre dois princípios irreconciliáveis: o mercado e a organização. E o combate contra a organização, como vimos, não significa de forma alguma revitalizar a ativi dade política.

Neste momento, creio ser importante ressaltar que essa luta travada entre o mercado e as organizações também é uma questão presente e importante no pensamento de Olson. Vejamos, portanto, como, a partir de uma lógica da ação coletiva, esta e outras questões se articulam na sua argumentação.

## II. OLSON E A LÓGICA DA AÇÃO COLETIVA

O objetivo primordial de Olson é contestar as concepções sobre a lógica da ação coletiva que compartilham a idéia de que os grupos de indivíduos com interesses comuns deverão agir no sentido de conquistar seus interesses do mesmo modo que se espera que cada indivíduo aja para atingir seus objetivos particulares. Em outras palavras, existe uma idéia comum às ciências sociais de que se os membros de algum grupo ou organização têm um interesse ou objetivo comum, e se eles todos estariam melhor se tal objetivo fosse alcançado, tem-se pensado derivar logicamente que os indivíduos deste grupo, sendo racionais e utilitários, agiriam em conjunto para alcançar aquele objetivo. Esta é a visão contra a qual Olson se insurge.

Com efeito, para Olson, exatamente porque

são racionais e utilitários, os indivíduos não agirão voluntariamente para atingir objetivos comuns ao grupo. Na verdade, apenas se o número de membros do grupo for pequeno, ou se houver coação ou incentivos seletivos é que os indivíduos atuarão no sentido de atingir objetivos comuns ao grupo (Cf. M. Olson, *The Logic of Collective Action*, Introdução).

Neste sentido, quando há um grande número de beneficiários potenciais e, sobretudo, quando nenhum deles tem probabilidades de ganhar muito, Olson afirma que a contribuição total efetuada para a obtenção do benefício será muito inferior àquela obtida se os beneficiários se reduzissem a uma só pessoa. Na maioria dos casos, afirma Olson, não haverá qualquer contribuição. Na verdade, devemos buscar outros motivos distintos da provisão do bem coletivo que façam com que os indivíduos contribuam para as organizações. Além da coação, Olson refere-se aos incentivos seletivos, ou seja, benefícios que, diferentemente do bem público, podem ser proporcionados aos membros da organização e não oferecidos aos não-membros, dando, assim, uma vantagem específica que compensa os custos acarretados pela participação no grupo. Para Olson, este incentivo seletivo pode ser qualquer coisa

que constitua um benefício derivado da contribuição à organização: "além dos incentivos econômicos e sociais (status social e aceitação social), existem também incentivos eróticos, psicológicos, morais etc." (8). Os indivíduos, portanto, não se associam ao grupo por decisão racional, ou seja, a decisão racional não constitui uma força propulsora eficiente para vencer a inércia natural. Os estímulos especiais representam, desta forma, as forças necessárias para a adesão ao grupo.

A análise de custos e benefícios proposta por Olson tem como objetivo forjar argumentos que refutem a idéia de que o indivíduo pode, ele mesmo, decidir se deverá ou não se associar ao grupo. Ele, na verdade, apenas se associa quando está sujeito às forças do mercado, isto é, quando adquire as características do consumidor. Neste sentido, para que o homem desfrute de determinados bens para atender a uma necessidade individual qualquer, é preciso que ele arque com os custos do benefício desejado.

Neste sentido, Olson observa que a maior parte das ações dos indivíduos se dá através de organizações, cuja função primordial é atender aos interesses coletivos de seus membros. No entanto, o papel desempenha-

do pelas organizações ultrapassa os limites dos interesses comuns, servindo simultaneamente aos interesses pessoais e individuais dos membros do grupo. E a combinação entre interesses individuais e interesses coletivos em uma organização sugere a Olson uma analogia com o mercado competitivo, pois num mercado competitivo, embora todas as empresas tenham interesse num alto preço para seus produtos, é no interesse de cada uma delas que as demais pagam o custo (redução da produção) necessário para a obtenção desse alto preço (Cf. M. Olson, The Logic of Collective Action, p.9).

A objeção que se interpõe a essa argumentação inclui a influência de elementos emocionais ou ideológicos como propulsores da ação individual. No entanto, Olson sustenta que mesmo no caso da maior das organizações, o Estado, a ideologia nacionalista, a força do patriotismo ou mesmo os vínculos de uma cultura comum não o capacita ao auto-sustento por meio de contribuições voluntárias ou doações. Para a manutenção do Estado são indispensáveis os impostos, pagamentos compulsórios por definição. A razão pela qual o Estado não pode sobreviver com base em contribuições voluntárias é comparável ao mais alto preço no mercado competitivo: o preço estabelecido por alguns é obrigatoriamente válido para to-

dos. Dessa mesma natureza são os serviços básicos fornecidos pelo Estado: devem atingir a todos; ninguém é excluído do seu consumo, pois isso só seria possível caso o bem não fosse coletivo. Do mesmo modo, o fato de um objeto ser comum a um grupo implica que nenhum dos membros pode ser excluído dos benefícios obtidos com a sua consecução. É da essência de uma organização que ela ofereça um benefício generalizável. Segue-se que a provisão de benefícios coletivos ou públicos é a função essencial das organizações.

De resto, voltemos ao começo. Se para determinadas correntes das ciências sociais os indivíduos maximizadores se organizam em grupo para a consecução de objetivos comuns, para Olson, exatamente porque os homens são racionais e utilitários, isto não ocorre. Afinal, importa não esquecer que a figura do free-rider, ou seja, aquele que usufrui do bem coletivo sem incorrer nos custos da participação, estará sempre presente. Daí, a necessidade de incentivos seletivos ou coação. Em outras palavras, "grupos de tamanho diferente, ainda que possuindo um interesse comum, teriam probabilidades desiguais de se organizarem para uma ação coletiva, na ausência de incentivos seletivos ou coação. Como resultado, a provisão de bens públicos, ou coletivos, justamen-

te porque o são, seria sub-ótima face à ameaça do free-rider" (9).

Em The Rise and Decline of Nations, Olson pretende exatamente aplicar sua lógica da ação coletiva às modernas sociedades complexas, onde o diferencial de recursos, sejam coativos, seja econômicos, entre os diversos grupos é bastante elevado. E desta aplicação, Olson deduz as seguintes implicações:

- 1a) Não existem países que atinjam uma organização simétrica de todos os grupos com interesses comuns e que, atinjam resultados ótimos através de negociações;
- 2a) Sociedades mais estáveis e com limites mais rígidos tendem a acumular mais coalizões e organizações para a ação coletiva;
- 3a) Os membros de pequenos grupos têm um poder organizacional desproporcional para a ação coletiva e esta desproporção é elevada em sociedades pouco estáveis, diminuindo mas não desaparecendo naqueles que são estáveis;
- 4a) Na média, organizações de grupos de interesses especiais e coalizões reduzem a eficiência e os ganhos agregados das sociedades nas quais operam e tornam a vida política mais segmentada;

5a) Organizações abrangentes têm incentivos para fazer a sociedade onde operam mais próspera e incentivos para redistribuir a renda entre seus membros com o menor excesso possível, e para cessar a redistribuição a menos que a quantidade redistribuída seja substancial em relação ao custo da distribuição;

6a) Coalizões distributivas tendem a tomar decisões mais vagarosamente que os indivíduos e firmas de que são compostas;

7a) Coalizações distributivas atrasam e reduzem a capacidade da sociedade de adotar novas tecnologias e realocar recursos em resposta a mudanças nas condições e, portanto, reduzem as taxas de desenvolvimento econômico;

8a) Coalizões distributivas, uma vez grandes o bastante para se manter, tornam-se excludentes e procuram limitar a diversidade de renda e valores entre seus membrós;

9a) A acumulação de coalizões distributivas aumenta a complexidade da regulação, o papel do governo, a complexidade das coisas que precisam ser compreendidas, e muda a direção da evolução social; (Cf. M. Olson, The

Rise and Decline of Nations, Cap.3).

A partir destas implicações, parece que a questão fundamental a ressaltar é que não é fácil estabelecer organizações para a provisão de bens coletivos, pois mesmo para os grupos nelas potencialmente interessados, faz-se necessária a presença de circunstâncias favoráveis. No entanto, após se estabelecerem, as organizações se acumulam. E quando isso acontecesse, as barreiras à entrada no mercado impostas por essas organizações e sua lentidão em tomar decisões e promover negociações reduzem o dinamismo da economia e a taxa de crescimento, além de aumentar a regulamentação, a burocracia e a intervenção política do mercado.

Olson, neste sentido, elabora uma análise sobre diversos países, procurando demonstrar que a ausência de entraves às organizações implica uma menor taxa de desenvolvimento econômico. Ao contrário, a prosperidade e o crescimento estão vinculados à ausência de protecionismo e à liberdade de comércio.

O que Olson na verdade pretende criticar é o argumento de que se o mercado estimula a eficiência, também estimula a desigualdade, sendo, portanto, necessária a ação governamental ou de grupos para reduzir



tal desigualdade. Com efeito, o que Olson procura demonstrar é que o mercado não gera mais desigualdade do que a ação do governo e de outras organizações e, para tanto, procura ver este fato através de uma análise empírica de países como a Índia e a África do Sul.

Em suma, o prognóstico elaborado por Olson acerca do futuro do sistema político-econômico liberal é sombrio, "em decorrência de sua tendência inerente à oligopolização organizacional e às sequelas de ineficiências alocativas, perversões distributivas e decadência institucional generalizada"

Portanto, da aplicação crítica da ação coletiva às modernas sociedades complexas Olson pretende demonstrar a ineficiência do caminho seguido pelo liberalismo. Gostaria, no entanto, de poder novamente voltar à discussão de Olson acerca do papel das organizações nas sociedades modernas e, no momento, retomar a questão da lógica da ação coletiva.

Neste sentido, e seguindo Wanderley Guilherme dos Santos, importa agora verificar a consistência interna do argumento olsoniano acerca da lógica da ação coletiva. Como verificamos, o indivíduo racional e utilitário, segundo Olson, apenas participa de um grupo

visando a obtenção de um bem público na presença da coação ou dos incentivos seletivos. O argumento com o qual Wanderley Guilherme pretende elaborar uma crítica interna à lógica olsoniana da ação coletiva refere-se ao fato de que esta não considera os chamados custos da não-participação. Com efeito, para Olson, apenas a participação envolve custos. No entanto, se admitirmos que a não-participação também envolve custos, será racional a ação individual que se engaja na produção de um bem público. Em outras palavras, sempre que o custo da não-produção de um bem público for superior ao custo da sua produção será racional para qualquer indivíduo incorrer nos custos da produção de um bem público, independentemente da existência ou inexistência do free-rider. (Cf. Wanderley G. dos Santos, A Lógica da Ação Coletiva, e A Lógica da Ação Coletiva, Definições, Derivações, Vantagens, mimeo., setembro de 1984).

Nesta perspectiva, Wanderley aponta para outra questão, ou seja, a de saber quando os custos da não-produção do bem público são superiores aos custos da sua produção. E os custos da não-produção de um bem público serão superiores aos custos de sua produção sempre que o custo for o resultado da interdependência da ação sob sua forma conflitiva. Isto é, sempre que o custo depender da interde

pendência conflitiva é possível que o custo da não-produção de um bem público seja maior que o custo da sua produção. E sempre que esta condição ocorrer, será racional a ação do indivíduo que inicia a produção do bem público, independentemente da ação de outros competidores. Contudo, uma vez iniciada a produção do bem, é racional a ação individual que procure integrar outros indivíduos nesta produção, por intermédio da coação ou de incentivos seletivos, pois estas são as únicas formas de eliminar o problema do free-rider.

O que Wanderley Guilherme pretende demonstrar é que a lógica olsoniana da ação coletiva não consegue dar conta do momento inicial da produção do bem coletivo. Isto significa que a solução do problema do free-rider decorre das condições olsonianas. No entanto, a solução do problema da ação coletiva para a produção de um bem público decorre da estrutura da ação conflitiva interdependente. E uma ação social é conflitivamente interdependente se, e somente se, a recusa voluntária ao consumo de um bem público implicar necessariamente no consumo compulsório de um mal público.

Após estas breves considerações acerca da consistência interna da lógica olsoniana da ação cole-

tiva, importa verificar em Olson como se articulam as relações entre o mercado e as organizações nas sociedades modernas. Esta questão, como vimos, também preocupa Hayek. Creio, então, que neste momento, tendo analisado de forma resumida e fragmentária alguns argumentos elaborados por estes autores, podemos verificar quais as objeções que podem ser formuladas a partir da perspectiva olsoniana da ação coletiva à concepção espontaneísta da gênese da ordem social, tal como se encontra em Hayek.

### III. CONFRONTANDO HAYEK E OLSON

Creio que o ponto fundamental a partir do qual é possível estabelecermos um paralelo entre Olson e Hayek é a questão da luta travada entre o mercado e as organizações. Ou, em outras palavras, é importante pensarmos nas razões da decadência da ordem liberal. Se não vejamos.

Para Hayek, como vimos, a ordem resultante do mercado é espontânea porque escapa à vontade humana, bem como porque as instituições e regras que permitem o seu surgimento não são voluntárias e conscientemente dominadas e conhecidas. Com efeito, a ordem espon

tânea do mercado foi historicamente constituída e, desta forma, sua legitimidade e superioridade são estabelecidas pela história e pela seleção natural. O caráter espontâneo do mercado impede, portanto, que qualquer vontade humana possa determinar a situação concreta dos indivíduos. O mesmo, contudo, não ocorre com relação às organizações e, principalmente, com a maior delas, o governo. Afinal, ao contrário da ordem espontânea do mercado, as organizações possuem objetivos e finalidades específicas. Daí, a crítica de Hayek ao intervencionismo estatal, que favorece a obtenção de resultados determinados para pessoas determinadas, fato que acarreta sérias consequências para a liberdade individual. Hayek, na verdade, pressupõe a capacidade de auto-regulação do mercado, afirma a incapacidade de organizar a sociedade a partir de fins e confere ao Estado um papel eminentemente negativo, tudo isso respondendo ao imperativo absoluto de defesa da liberdade individual.

No entanto, o que Hayek verifica é que cada vez mais o Estado assume um caráter positivo, resultado da progressiva substituição das regras da justa conduta (que regem a ordem espontânea do mercado) pelas regras organizacionais. Se as primeiras são de aplica

ção universal, independem de finalidades particulares e são produto de um processo evolutivo, as segundas têm por objetivo finalidades específicas. O problema fundamental, então, refere-se ao fato de que a ordem liberal não pode mais sobreviver como tal na presença desta progressiva substituição das regras organizacionais.

O que podemos observar, nesta perspectiva, é que, em Hayek, a decadência da sociedade liberal está ligada ao fato de que a ordem espontânea do mercado tem sido perturbada pela ação das organizações e principalmente pela ação da maior das organizações, o governo. Isto, no entanto, não significa dizer que o mercado enquanto tal constitui uma ordem perfeita, não sujeita a dificuldades ou disfunções. Ou seja, Hayek não pretende negar que haja impossibilidade de ocorrer falhas no mercado. O essencial, na verdade, é a afirmação de que tais falhas podem ser solucionadas através de mecanismos internos ao próprio mercado. Daí, portanto, a crítica de Hayek à intervenção estatal, pois se o mercado tem capacidade para resolver suas falhas e disfunções, qualquer intervenção exógena é considerada ilegítima.

De qualquer forma, a questão essencial a

assinalar é que, para Hayek, a ordem espontânea do mercado conduz a um desenvolvimento do fluxo dos bens e das chances para todos os participantes satisfazerem seus desejos. Daí, sua representação da sociedade como sistema auto-regulado, unificado sem intervenção exterior. Compreende-se, portanto, a razão pela qual Hayek condena qualquer intervenção estatal na ordem de mercado. Afinal toda intervenção introduz um efeito de desordem numa ordem que, auto-regulada, permite o desenvolvimento do fluxo dos bens. Intervir, desta forma, significa perturbar o "jogo criador das riquezas". Enfim, se o mercado é útil e proveitoso para todos, toda iniciativa política para corrigir os efeitos de seu auto-desenvolvimento deve ser considerada ilegítima.

Desta forma, para Hayek, a luta travada entre o mercado e as organizações nas sociedades modernas representa a decadência da sociedade liberal, por que se a ordem espontânea do mercado, auto-regulada, permite o "jogo criador das riquezas", a intervenção da maior das organizações, o governo, nesta esfera, vem exatamente introduzir um efeito de desordem.

Na perspectiva olsoniana, a decadência da sociedade liberal também está referida à luta travada

entre o mercado e as organizações. No entanto, Olson aborda esta questão de uma forma totalmente distinta daquela adotada por Hayek.

Se Hayek pretende explicar, além das razões da decadência da ordem liberal, o seu surgimento através de uma concepção espontaneísta do mercado, Olson está preocupado apenas com os motivos pelos quais esta ordem entra em decadência. E tais motivos, como afirmamos, estão vinculados à luta travada entre o mercado e as organizações.

Neste sentido, aplicando sua lógica da ação coletiva às modernas sociedades complexas, Olson elabora um prognóstico sombrio do futuro de tais sociedades, em função do acúmulo de organizações que atuam no mercado. Com efeito, para Olson, as organizações estabelecem barreiras à entrada no mercado, tomam decisões e promovem negociações de forma muito lenta, reduzem a taxa de crescimento e o dinamismo da economia, além de aumentarem a regulação, a burocracia e a intervenção política no mercado.

O que Olson pretende ressaltar, através da aplicação de sua lógica da ação coletiva às sociedades modernas é que os grupos e organizações que atuam

no mercado possuem recursos diferenciados, ou seja, a capacidade de oferecimento de incentivos seletivos aos seus membros ou de coação varia de grupo para grupo. Isto implica no fato de que não existem países que atinjam uma organização simétrica de todos os grupos com interesses comuns. Daí, as grandes distorções no mercado. Além disto, Olson deduz outras implicações como, por exemplo, aquela que afirma que as coalizações distribuem a taxa de desenvolvimento econômico e aumentam a proximidade da regulação e do papel do governo.

Em sentido, se para Hayek os fatores que estabelecem distorções e desordem na ordem do mercado são, de natureza exógena, para Olson é o próprio mercado que cria suas falhas e distorções. É verdade que como já vimos o sistema de mercado em Hayek não constitui uma ordem perfeita, mas é fundamentalmente pela atuação exógena de forças políticas que a ordem espontânea do mercado, enquanto tal, entra em decadência. Ou seja, se para Hayek são as organizações e principalmente a maior das organizações, o governo, que inoculam efeitos de desordem no mercado, para Olson é o próprio sistema de mercado que propicia as condições favoráveis para o surgimento das organizações.

E uma vez estabelecidas, as organizações se acumulam, impondo barreiras à entrada no mercado, o que favorece a decadência da ordem liberal.

No entanto, apesar das disfunções que estabelecem, as organizações, para Olson, constituem a única forma pela qual os indivíduos podem obter um bem público. Afinal, a função essencial das organizações é o provimento do bem coletivo. O problema se instala pelo fato de que o papel desempenhado pelas organizações ultrapassa aos interesses pessoais e individuais dos membros do grupo. Neste sentido, as organizações forjam um acordo sobre os fins, questão que para Hayek também se coloca quando discute a questão do intervencionismo do Estado na ordem do mercado.

Se para Olson, contudo, parece constituir um fato inexorável este das organizações ultrapassarem os limites dos interesses coletivos, servindo também aos interesses particulares, Hayek admite a possibilidade da inexistência de um acordo sobre fins. Ou seja, se para Olson a provisão do bem público efetuada pelas organizações pressupõe sempre que estas ultrapassam tal limite e servem a interesses particulares, para Hayek o bem público pode ser provido sem que este problema se coloque.

Afinal, para ele, a provisão do bem público surge de uma forma espontânea pela interação dos indivíduos no mercado. Em todas as sociedades livres os homens possuem o direito de se reunir em organizações para alcançar certos objetivos. No entanto, a coordenação das atividades de todas as organizações separadas, bem como a dos indivíduos em separado, é realizada pelas forças que fazem a ordem espontânea.

É exatamente esta coordenação das atividades das organizações pela ordem do mercado que Olson não consegue vislumbrar. Para ele, não é possível obter uma organização simétrica dos grupos com interesses comuns, não se pode esquecer que os recursos de que cada grupo dispõe, sejam referidos à coação, sejam referidos aos indivíduos seletivos, são diferenciados.

Finalmente, creio que a questão que está por trás tanto da afirmação de Hayek acerca da capacidade de coordenação das atividades das organizações pela ordem de mercado, quanto da argumentação de Olson sobre a incapacidade de tal coordenação ocorrer, é a da racionalidade. No entanto, parece-me que apesar da questão ser comum a ambos os autores, eles a consideram de forma distinta. Senão vejamos.

Para Olson, a questão da racionalidade está exclusivamente referida ao indivíduo. E a sua concepção de natureza humana traduz um indivíduo racional, utilitário e auto-interessado. Portanto, a lógica olsoniana da ação coletiva está exatamente vinculada à sua concepção de indivíduo racional. Afinal, é por um cálculo racional estritamente individual que o homem incorre ou não nos custos da produção de um bem coletivo. Sendo assim, como exigir coordenação das atividades das organizações pela ordem de mercado, se o cálculo racional é estritamente individual?

Para Hayek, ao contrário, a questão da racionalidade não está estritamente referida ao homem. Parece-me, na verdade, que a própria ordem espontânea do mercado traz em si a racionalidade. Com efeito, se o liberalismo de Hayek está vinculado a um historicismo evolucionista, isso se dá porque a história, de certa forma, se desenrola racionalmente. Afinal, a ordem espontânea do mercado permite o livre desenvolvimento do fluxo dos bens e das chances de todos os participantes realizarem seus desejos. E, neste sentido, mesmo as iniciativas aparentemente mais despropositadas participam da auto-realização de um vir a ser, pois o desenvolvimento do

mercado é, em certo sentido, um processo impessoal, onde não existe a presença de um sujeito. Por outro lado, esta concepção da ordem espontânea do mercado como uma ordem que racionalmente se desenvolve e evolui através da história, está ligada à sua concepção da natureza humana como uma força essencialmente indeterminada, sempre em processo de formação e aberta a transformações imprevisíveis em muitos sentidos diferentes. Com efeito, se a natureza humana é aberta, não se pode deduzir a ordem de uma sociedade e partir de suas supostas constâncias. A ordem espontânea do mercado, portanto, não deduzida do homem, traz em si a própria racionalidade.

Em suma, o que gostaria finalmente de ressaltar é o fato de que tanto Hayek como Olson, argumentando a partir de esquemas conceituais distintos, estão preocupados com a luta travada nas sociedades modernas entre o mercado e as organizações. É, desta forma, portanto, que cada um deles procura explicar as razões da decadência da ordem liberal.

#### NOTAS

- (1) Cf. F. A. Hayek, O Caminho da Servidão, Rio de Janeiro, Editora Globo, 1946, p. 33.
- (2) Cf. F.A. Hayek, "Os Princípios de uma Ordem Social Liberal", in Ideologias Políticas, org. Anthony de Crespigne e Jeremy Cronin, Editora da UNB, p. 50.
- (3) Cf. Bernard Manin, "F.A. Hayek et la Question du Liberalisme", in Revue Française de Science Politique, nº 1, Fev. de 1983, vol. 33, Press de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, p. 53.
- (4) Cf. F.A. Hayek, "Os Princípios de uma Ordem Social Liberal", op. cit., p. 49.
- (5) Cf. F. A. Hayek, "Os Princípios de uma Ordem Social Liberal", op. cit., p. 50.
- (6) Cf. F.A. Hayek, "Os Princípios de uma Ordem Social Liberal", op. cit., p. 55.
- (7) Cf. Bernard Manin, op. cit., p. 61.
- (8) Cf. M. Olson, The Logic of Collective Action, Har

vard University Press, 1965, p. 61, nota 17.

- (9) Cf. Wanderley G. dos Santos, Modelos Endógenos de Decadência Liberal, Série Estudos, nº 21, jan. 1984, IUPERJ, p. 37.
- (10) Cf. Wanderley Guilherme dos Santos, op. cit., p. 37.

BIBLIOGRAFIA CITADA

1. CRESPIGNE A. "F. A. Hayek. Liberdade para o Progresso", in Filosofia Política Contemporânea, org. A. de Crespigne e K. R. Mingué, Editora da UNB.
2. HAYEK, F. A. O Caminho da Servidão, Rio de Janeiro, Editora Globo, 1946.
3. \_\_\_\_\_. Law, Legislation and Liberty, Vol. I, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1973.
4. \_\_\_\_\_. "Os Princípios de uma Ordem Social Liberal", in Ideologias Políticas, org. A. de Crespigne e J. Cronin, Editora da UNB.
5. MANIN, B. "F. A. Hayek et la Question du Liberalisme", in Revue Française de Science Politique, nº 1, fev. 1983, vol. 33, Press de la Fondation Nationale de Sciences Politiques.
6. OLSON, M. The Logic of Collective Action, Havard University Press, 1965.
7. \_\_\_\_\_. The Rise and Decline of Nations, Yale



University Press, 1982.

8. SANTOS, W. G. "Modelos Endógenos de Decadência Liberal", Série Estudos, nº 21, jan. 1984, IUPERJ.
9. \_\_\_\_\_. A Lógica da Ação Coletiva, mimeo., set. 1984.
10. \_\_\_\_\_. A Lógica da Ação Coletiva. Definições, Derivações, Vantagens, mimeo., set. 1984.

NOTAS SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICO-FILOSÓFICA DOS DIREITOS HUMANOS.

João Ricardo W. Dornelles\*

O conceito de Direitos Humanos apresenta uma variedade de interpretações dependendo do enfoque que se tenha sobre o fenômeno jurídico, a sociedade e as relações de poder. Dessa maneira podemos afirmar que o conteúdo dos Direitos Humanos é marcado política e ideologicamente. Não existe, assim, uma uniformidade conceitual sobre o tema.

Diferentes denominações chegaram a tratar do mesmo assunto: direitos naturais, direitos do homem, direito do cidadão, direitos civis, liberdades públicas, direitos fundamentais, garantias individuais, etc. Cada autor passou a dar maior ênfase a uma ou outra denominação, de acordo com seu posicionamento tanto no campo da teoria do direito, como no campo político-ideológico. Dessa maneira Enrique Pedro Haba (1) faz uma classificação em três órbitas: direitos humanos, entendidos na sua dimensão axiológica que serve como base para a

---

\* Mestre em Ciências Jurídicas (PUC-RJ); Professor de Criminologia e Direitos Humanos da PUC-RJ; Membro do Setor de Pesquisa e Debate (SEDEPE) da FASE (Federação dos Órgãos de Assessoria Social e Educacional).

sua positivação legal; direitos fundamentais, como a expressão positivada em textos legais daquela dimensão valorativa original; liberdades individuais, como uma categoria referente às liberdades que se concretizam nas relações sociais, ou seja, a manifestação fática dos direitos previstos legalmente. Outro autor, Gregorio Peces Barba (2), congrega todas as definições acima na denominação única de direitos fundamentais, afirmando que todos os direitos são humanos visto que somente o ser humano é capaz de ter e exercer sua personalidade jurídica enquanto sujeito de direitos.

A fundamentação dos Direitos Humanos, assim, passa por inúmeras definições. Seja entendendo-os como valores, seja apenas como normas que se tornam obrigatórias pela força legal. O que importa é perceber que tornou-se mais usual a denominação de direitos humanos, principalmente após 1948 com a Declaração Universal da ONU, e por sua importância valorativa que dá um caráter de universalidade para todos os seres humanos.

Os direitos e valores considerados fundamentais variam, assim, de acordo com o modo de organização da vida social e o contexto histórico. Dessa ma-

neira é que se torna impossível determinar um único fundamento absoluto dos Direitos Humanos. Ao contrário, podemos partir de três concepções distintas no campo da fundamentação jurídica e filosófica dos Direitos Humanos: 1) concepções idealistas; 2) concepções científico-positivistas; 3) concepções crítico-materialistas.

A concepção idealista nos remete ao campo do modelo jusnaturalista e busca sua base de fundamentação em uma visão abstrata, ideal, identificando os direitos humanos a valores informados por uma ordem superior metafísica de conteúdo transcendental que se expressa com anterioridade ao poder estatal a partir da razão. Os direitos, no campo do jusnaturalismo moderno, seriam inerentes à própria natureza racional do ser humano.

As concepções científico-positivistas, partindo do referencial do positivismo jurídico, entendem os Direitos Humanos como direitos fundamentais, e não como valores suprapositivos, desde que reconhecidos formalmente pela ordem jurídica positiva. Assim, a fundamentação dos Direitos Humanos, e a sua legítima existência, se prende a um reconhecimento por parte do Estado, através da sua elaboração legislativa. Os direi-

tos considerados fundamentais para o ser humano são apenas aqueles que emanam do Estado.

Por fim a concepção crítico-materialista, de caráter histórico-estrutural, que se desenvolveu a partir do século XIX a partir da contribuição de Karl Marx, principalmente expressa em "A questão Judaica" de 1844. Por essa concepção, o reconhecimento de direitos e garantias são o resultado de um processo histórico marcado por contingências políticas, econômicas e ideológicas, e que se expressa através de uma conquista da história social.

Apesar de os termos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais terem aparecido na França durante o século XVIII, e a sua consagração jurídico-positiva a nível do reconhecimento constitucional ser um fenômeno que se consolidou principalmente durante o século XIX, as origens de sua fundamentação filosófica remontam aos primórdios da civilização humana.

No mundo antigo diferentes princípios embasavam sistemas de proteção aos valores humanos, marcados pelo humanismo ocidental e pelo humanismo oriental. Assim, diferentes ordenamentos jurídicos da Antiguidade, como o Código de Hamurabi, ou os Dez Mandamentos,

previam princípios de proteção de valores humanos através de uma concepção ético-religiosa.

Durante a chamada Idade Média se constituiu o jusnaturalismo cristão, cuja fonte principal foi o pensamento de São Tomás de Aquino. A lei humana e as instituições políticas estavam subordinadas ao direito divino, onde a proteção do indivíduo seria exercida pela vontade de Deus, expressa nas ações do soberano em seu exercício absoluto do poder. Os valores considerados fundamentais para os seres humanos tinham como fonte de legitimidade a vontade divina em sociedades fechadas onde o espaço dos interesses privados se identificava com o espaço de interesse público. Tratava-se, assim, de sociedades onde não existia a noção de igualdade formal entre os indivíduos.

Dessa maneira, os valores fundamentais da sociedade, e a proteção dos indivíduos, tirava a sua legitimidade da vontade divina.

Foi somente a partir dos séculos XVI e XVII que surgiram as condições objetivas e subjetivas que possibilitaram a modificação dos referenciais de conhecimento e cultura, com o desenvolvimento de novos paradigmas culturais, estéticos, etc, que se expressa -

ram através do Renascimento e da Reforma, onde a valorização do indivíduo e o desenvolvimento da noção de livre arbítrio abriu caminho para a posterior constituição do modelo jusnaturalista moderno.

Portanto, o processo que levou à constituição da noção de Pessoa Humana como Valor-Fonte de ordenamento da vida social se apresentou formalmente a partir do referencial do jusnaturalismo moderno com a elaboração da noção de direitos inatos, como verdade evidente, medida da comunidade política, mas dela mantendo-se independente. Tal processo marca a passagem da Idade Média para a Idade Moderna. E tal noção se expressa juridicamente através da concepção de Direitos Fundamentais do Ser Humano.

"A passagem das prerrogativas estamentais para os direitos do homem encontra na Reforma, que assinala a presença do individualismo no campo da salvação, um momento importante de ruptura com uma concepção hierárquica de vida no plano religioso, pois a Reforma trouxe a preocupação com o sucesso no mundo como sinal da salvação individual". (3)

Da ruptura dos referenciais sócio-culturais do medievo se constitui uma laicização do direito

natural - primeiramente a partir de Grócio, mas sem nenhuma dúvida com grande destaque a partir de Hobbes.

Ou seja, a partir do século XVI - e mais precisamente do século XVII - se formulou a moderna doutrina sobre os direitos naturais, preparando o terreno ideológico e político para a transição do feudalismo para a sociedade burguesa. Tratava-se não mais de fundamentar os direitos naturais do direito divino, mas propor a razão como o fundamento do direito.

Foi, principalmente a partir do século XVII, com o inglês Thomas Hobbes, que se desenvolveu o chamado modelo jusnaturalista moderno, onde o Estado Político seria explicado como o resultado de uma ação racional através da manifestação da livre vontade dos indivíduos. Inicia-se um tipo de formulação que passou a influenciar o pensamento filosófico-político, levando à constituição do modelo liberal da sociedade e do Estado.

Com outro pensador inglês, John Locke, já no final do século XVII, desenvolveu-se a teoria da liberdade para proteger a propriedade como valor fundamental (4).

Assim, para Locke, a verdadeira liberdade decorreria do exercício do direito à propriedade. Des-

sa concepção individualista burguesa, que marca o pensamento lockeano, nasceu a moderna idéia do cidadão, e de uma relação contratual entre indivíduos onde a propriedade, a livre iniciativa econômica, e uma certa margem de liberdades políticas e de segurança pessoal seriam garantidas pelo poder público.

Locke, portanto, apontava a propriedade como o direito natural fundamental e inalienável do ser humano, o direito do qual decorrem os demais direitos dos indivíduos. A proteção ao direito natural da propriedade seria, então, o motivo pela qual cada indivíduo cede parcelas de sua liberdades e direitos para a formação da instância que protegerá a existência desse direito, ou seja, o Estado-Governo.

A noção jusnaturalista do Contrato Social como gênese do Estado foi difundida durante o século XVIII, dando origem à concepção contratualista do direito e da sociedade. O contratualismo, tendo por base a igualdade jurídica, aparece como forma de superação de um direito baseado em privilégios - fundado no "status" - e a constituição de um direito baseado na vontade individual. O indivíduo passa a ser entendido como o Valor-

-Fonte do direito.

No contexto do século XVIII, caracterizado pela filosofia iluminista, e por uma radicalização do confronto anti-absolutista, foram apresentadas as idéias de pensadores como Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) que inspiraram os movimentos revolucionários na França e na América. É o período que preparava as grandes transformações sociais que levará à elaboração da Declaração de Direitos de Virgínia, em 1776, e da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional francesa em agosto de 1789.

O pensamento de Rousseau desenvolveu-se afirmando a existência de uma condição natural humana de felicidade, virtude e liberdade. Ao contrário de Locke, entendia que é a civilização que limita as condições naturais de felicidade humana. Assim, Rousseau afirmou que "o homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros" (5).

Para Rousseau a propriedade era a fonte de desigualdade humana e, como tal, da perda da liberdade. Os indivíduos através de um pacto infâmico, iludidos, teriam formado a sociedade civil onde tornaram-se desiguais e prisioneiros. O resgate da condição natural de

liberdade e igualdade somente seria possível com um novo pacto, dessa vez racional, com base na vontade natural de cada indivíduo e objetivando a constituição da República, como patamar superior das condições do Estado de Natureza. Através do Contrato Social os indivíduos recuperariam a sua igualdade, como condição primeira para o exercício do direito da liberdade. Assim, os indivíduos não deveriam abrir mão de sua soberania.

É interessante notar que o pensamento de Rousseau ultrapassa as limitações elitistas do liberalismo clássico, introduzindo uma concepção radical-democrática que se coaduna com as condições históricas da França do século XVIII, onde a burguesia aparecia no cenário político-social como uma classe revolucionária em luta contra o absolutismo feudal, aglutinando em torno de seus projetos um enorme contingente de setores, possibilitando o amadurecimento das condições subjetivas que levaram à derrocada do antigo regime e a instauração da nova ordem burguesa.

Foi a partir dessas lutas travadas pela burguesia européia contra o Estado Absolutista que se criaram as condições para a instituição formal de um elenco de direitos que passariam a ser considerados fundamentais para a totalidade dos seres humanos. E, como

vimos, esse elenco de direitos coincidia com as aspirações de amplas massas populares em sua luta contra os privilégios da aristocracia. No entanto, em última instância, eram direitos que primeiramente satisfaziam os interesses da burguesia, dentro do processo de constituição do mercado livre (direitos da liberdade expressando-se como livre iniciativa econômica, livre manifestação da vontade, livre cambismo, liberdade de pensamento e expressão, liberdade religiosa, mercado de trabalho livre, etc.) e conseqüentemente criando as condições para a consolidação do modo de produção capitalista. Para isso foi fundamental a constituição do Estado Liberal e o reconhecimento constitucional de direitos dos indivíduos.

Sob a inspiração da Constituição dos Estados Unidos da América, os demais países das Américas, recém independentes, passam por um processo de constitucionalização dos direitos humanos, agregando um capítulo específico sobre o tema em suas Cartas Magnas. Estas constituições restringem-se, assim, ao reconhecimento das garantias individuais, ou melhor, os direitos de cada indivíduo perante o Poder Público. É o processo de positivação dos Direitos Individuais.

Dessa maneira, os Direitos Humanos em seu primeiro momento moderno, ou em sua primeira geração, são a expressão das lutas da burguesia revolucionária, com base na filosofia iluminista e na tradição liberal, contra o despotismo dos antigos Estados Absolutistas. Se materializam como Direitos Cívicos e Políticos, ou como Direitos Individuais atribuídos - segundo a tradição jusnaturalista - a uma pretensa condição natural do ser humano. São a expressão formal de necessidades individuais que requerem a abstenção do Estado para o seu pleno exercício. O legado do jusnaturalismo nos proporcione lugares que não devem ser invadidos pelo Estado, e que devem ser por esse protegidos contra a ação de terceiros.

o século XIX ocorreram grandes modificações na sociedade capitalista liberal. Por um lado os primeiros setenta anos foram marcados pela consolidação do Estado Liberal e pelo fenomenal desenvolvimento da economia urbano-industrial. Por outro lado, a liberdade do mercado, a necessidade de desenvolvimento no processo produtivo para fazer frente à competição, a consolidação dos mercados nacionais nas sociedades da Europa Ocidental - principalmente a Inglaterra -, a formação da classe operária urbano-industrial, a progressiva concentração

do capital, entre outras coisas, passam a apresentar os primeiros sinais de crise da nova sociedade capitalista.

Após o período que o historiador inglês Eric Hobsbawm denominou de "Era das Revoluções", temos já formado o Estado Liberal burguês, uma economia capitalista de mercado, e um ordenamento jurídico adequado ao funcionamento de uma sociedade burguesa. É a "era do capital" que se desenvolve e que levará, no decorrer do século XIX, ao surgimento de contradições no seio do próprio sistema. Surge o fenômeno do imperialismo.

O novo quadro do capitalismo faz com que a ideologia liberal seja inadequada para dar resposta para às crises constantes, aos conflitos e às contradições sociais. A ideologia liberal passa a ser questionada pelo movimento operário e pelo pensamento socialista. Por outro lado, procurará se redefinir através do processo de valorização científica que marcará o século XIX. A filosofia positivista passará a influenciar as explicações sobre a realidade social. E é dentro dos marcos do positivismo que surgem as ciências do homem, buscando dar uma explicação aos problemas sociais existentes na sociedade burguesa-industrial. Nesse contexto, os Direitos Humanos serão entendidos não mais como valores inerentes à natu-

reza humana, mas sim como um produto normativo do Estado, que garante àqueles indivíduos adequados aos valores da sociedade burguesa e à disciplina da sociedade industrial o seu reconhecimento como sujeitos de direito.

Do ponto de vista do pensamento socialista, o marxismo apresentou-se como a crítica mais contundente. Observamos que Karl Marx, em "A Questão Judaica", de 1844, analisa a concepção dos Direitos Humanos como princípios de caráter individualista-burguês, marcada pela ideologia liberal. Desta maneira, a pretensão de ter um caráter universal não lhes tiraria o caráter liberal-burguês. Ao contrário, a universalidade desses direitos aparece exatamente quando a burguesia consegue tornar como conquista sua as demandas e interesses que não podem ser generalizados na luta contra o poder despótico do absolutismo.

O que o pensamento socialista e a prática do movimento operário europeu e norte-americano do século XIX questionavam era a existência de uma enorme contradição entre os princípios formalmente divulgados nas declarações de direitos e a realidade vivida cotidianamente por uma ampla maioria do povo. Os trabalhadores encontravam-se submetidos às mais duras condições de existência - tanto no que se refere às condições de trabalho,

como de vida. A lógica de funcionamento do Estado Liberal não admitia a hipótese da intervenção estatal na questão social. Dessa maneira estava descartada a possibilidade de regulamentação do mercado de trabalho, da existência de uma legislação social protetora e de uma política previdenciária. Todas essas questões sociais referentes às relações entre capital e trabalho deveriam ser reguladas pelo mercado livre. Com isso, o desemprego era grande, a remuneração insuficiente para garantir uma vida digna, a jornada de trabalho chegava a 14 ou 15 horas de trabalho por dia, utilizava-se o trabalho infantil, a salubridade e as condições de segurança no trabalho não eram garantidas, etc. No que se refere às condições gerais de vida, outros problemas apareciam, como a falta de moradia, a falta de acesso à educação e aos serviços de saúde, etc.

Existia um verdadeiro fosso entre as declarações de igualdade de direitos, de liberdades para todos os seres humanos, e a realidade da vida dos trabalhadores. E isso era o mais radical questionamento aos princípios liberais dos Direitos Humanos, ou pelo menos, demonstrava as limitações de uma concepção meramente formal e declaratória de direitos que eram insuficientes para a garantia do efetivo exercício dos mesmos. Ter o direito à vida, ou à propriedade, formalmente expressos em um dispo



sitivo constitucional não garantiria necessariamente que todos viveriam ou seriam proprietários.

As opressivas condições de vida impostas aos trabalhadores europeus durante o século XIX levaram os sindicatos e partidos socialistas a reivindicarem a intervenção do Estado na vida econômica e social, visando a regulamentação do mercado de trabalho.

Por outro lado, o próprio capitalismo encontrava-se em transformação. O capitalismo não era mais o simples sistema produtivo da livre concorrência, como no início do século XIX. Já se organizava, no final do século passado, com base em grandes conglomerados econômicos. Essa nova realidade do capital monopolista e de uma economia com base na divisão internacional do trabalho, levou a uma redefinição da ideologia liberal clássica e do papel do Estado. Este gradativamente deixa de ser um mero árbitro da sociedade e passa a intervir nas atividades econômicas e sociais.

A crítica do pensamento socialista e as lutas operárias e populares colocaram a questão dos Direitos Coletivos, ou Direitos Sociais, Econômicos e Culturais. A situação de crise e desigualdade social, somada à concentração do capital, tornou insuficiente a in-

terpretação liberal sobre os Direitos Humanos, entendidos como supra-estatais, inerentes à uma razão natural do ser humano, independente dos condicionamentos sociais, históricos, culturais, das contradições de classe, etc.

Se para a concepção liberal, a garantia dos direitos necessitaria de uma abstenção do Estado, deixando aos indivíduos a melhor maneira de exercer os seus direitos individuais, as lutas sociais reivindicavam a presença efetiva do Poder Público para a garantia dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais.

Assim, a ampliação do conteúdo de Direitos Humanos se desenvolveu a partir da contribuição do legado socialista, mas também com a efetiva contribuição da Encíclica Papal "Rerum Novarum", de 1891, que propunha a intervenção estatal nas questões sociais, formulando a moderna doutrina social da Igreja Católica.

Durante as primeiras duas décadas do nosso século a Constituição Mexicana de 1917, a Revolução Russa, a Constituição de Weimar, em 1919, e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ampliaram a abrangência dos Direitos Humanos, entendidos não mais apenas como os clássicos direitos da primeira geração, mas também incorporando os chamados direitos da segunda gera-

ção (Direitos Sociais, Econômicos e Culturais). São, portanto, direitos que exigem a ação positiva do Estado, criando condições institucionais para o seu efetivo exercício.

A ampliação do conteúdo dos Direitos Humanos seguiu o caminho aberto pelas reivindicações sociais e pelas transformações econômicas e políticas que marcaram as sociedades nos últimos três séculos, possibilitando importantes conquistas civilizatórias para a humanidade. Esse processo de ampliação de direitos passou a encarnar as demandas levantadas pelas lutas democráticas e populares que historicamente passaram a expressar os anseios de toda a humanidade. Assim foi com as lutas contra o absolutismo feudal durante os séculos XVII e XVIII e nas lutas sociais contra a exploração do trabalho, e por novos espaços de liberdade coletiva e igualdade material que garantissem as condições de viabilização da existência digna dos seres humanos.

Durante o século XX, após grandes conflitos sociais, novas reivindicações humanas, de caráter individual, social e estatal, passaram a fazer parte da cena internacional e do imaginário social das sociedades contemporâneas. As condições para a ampliação do conteúdo

dos Direitos Humanos se apresentavam através de novas contradições e confrontos que exigiam respostas no sentido da garantia e proteção das liberdades e da vida.

O contexto histórico inaugurado com o final da Segunda Guerra Mundial abriu para a humanidade uma nova era. A luta contra os modelos totalitários de Estado revelou ao mundo uma série de crimes contra a humanidade cometidos por regimes de inspiração fascista.

A realidade aberta com final do conflito mundial foi, no entanto, mais complexa. Junto com a valorização de um ideal abstrato de democracia, o mundo do pós-guerra nasceu dividido em blocos de poder, sob a direção político-ideológico e militar das grandes potências emergentes do conflito - Estados Unidos e União Soviética -, marcado pelo signo da guerra fria. Iniciava-se a era nuclear, que demonstrou que a ciência, a tecnologia, o conhecimento humano podem ser utilizados para a destruição e para o exercício ilimitado do poder. Com o fim da guerra a humanidade passou a conviver com a ameaça da destruição total.

Por outro lado, as novas relações internacionais do pós-45 apresentavam novos atores nascidos do processo de descolonização da Ásia e da África.

Por fim, o final da guerra deu início a um novo ciclo de acumulação econômica do capital a partir de uma nova divisão internacional do trabalho. Inicia-se a "Era das Multinacionais". O período que vai de 1945 até fins da década dos anos 60 foi marcado por um grande impulso econômico com base no capital monopolista internacionalizado. O processo de desenvolvimento econômico do capitalismo internacional, vivendo um ciclo expansivo, teve como consequência imediata a ampliação do uso intensivo das fontes de energia e recursos naturais de todas as regiões do planeta. Tal modelo de desenvolvimento ampliou consideravelmente a destruição ambiental, afetando principalmente aos países do chamado terceiro mundo.

Toda essa nova e complexa realidade, nascida com o pós-guerra, colocou na ordem do dia uma série de novos anseios e demandas dos novos movimentos sociais.

Surgem os chamados Direitos dos Povos, ou Direitos da Solidariedade, como a Terceira Geração dos Direitos Humanos. São ao mesmo tempo direitos individuais e coletivos; interessam a toda humanidade e aos próprios Estados. São, portanto, direitos a serem garanti-

dos com o esforço conjunto do Estado, dos indivíduos, dos diferentes segmentos das sociedades e das diferentes nações.

"Estos derechos se caracterizan por tres factores: En primer lugar, son reclamables frente al Estado, pero su titular también puede ser el Estado. En segundo lugar, estos derechos requieren de prestaciones positivas y negativas de toda la comunidad internacional. Finalmente, estos derechos se involucran en el concepto de paz en un sentido amplio, no solamente como ausencia de guerra sino, fundamentalmente, como la posibilidad de una paz integral del ser humano". (7)

Entre esses novos direitos podemos citar o Direito à Paz, o Direito ao Desenvolvimento, o Direito à Autodeterminação dos Povos, o Direito ao Meio Ambiente Saudável e Ecologicamente Equilibrado, o Direito ao Patrimônio Comum da Humanidade, o Direito à Comunicação.

O que vai caracterizar a evolução dos Direitos Humanos, a partir do século XX, é a sua progressiva incorporação no plano internacional, enquanto o século anterior presenciou o seu reconhecimento constitucional.

A ampliação da proteção dos Direitos Humanos para o plano internacional elaborou instrumentos como a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de abril de 1948; a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de dezembro de 1948; o Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966; o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950; a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José), de 1969,

Por fim, cabe ressaltarmos que todo o desenvolvimento da fundamentação filosófica dos Direitos Humanos, como o conteúdo, é marcado por lutas e conquistas da história dos povos, chegando-se a uma situação em que é impossível falarmos de Direitos Humanos sem os entendemos de maneira tão ampla que inclua não apenas o reconhecimento formal das liberdades, como também inclua os mecanismos de sua efetivação, dentro de um contexto de compreensão das formas de organização das sociedades e da questão democrática.

### N O T A S

- (1) Ver Antologia Básica do Curso Interdisciplinário en Derechos Humanos, IIDH, texto de Sonia Picado S., intitulado Apuntes sobre los Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos. San José, Costa Rica. pág. 13.
- (2) Idem. Ibidem. pág. 13.
- (3) LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Companhia das Letras. São Paulo, 1988. pág. 121.
- (4) É importante notar que Locke utiliza a noção de propriedade com dois sentidos: a) o primeiro, mais amplo, como o conjunto das capacidades e potencialidades do indivíduo para a manutenção da própria vida e da liberdade. Trata-se da noção de propriedade enquanto particularidade humana de auto-determinação. b) o segundo sentido, restrito, seria entendido como o resultado do exercício da propriedade que cada Homem tem de determinar a própria existência através de sua relação com a natureza e utilizando sua potencialidade através do trabalho. O resultado é a constituição de pro

priedade material, produto do trabalho humano individual, no exercício de um direito inalienável de auto-determinação e auto-suficiência humana.

- (5) ROUSSEAU, J.J. Do Contrato Social. Os Pensadores Abril Cultural. São Paulo, 1973. pág. 28.
- (6) Ver BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. 1988. São Paulo. Editora Brasiliense. 2ª edição.
- (7) PICADO, Sonia. Apuntes sobre los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Antologia Básica. IIDH-CAPEL. San José, Costa Rica. 1990. pág. 45.

## B I B L I O G R A F I A

- ATIENZA, Manuel. Marx y los derechos humanos. Editorial Mezquita, Madrid, 1983.
- BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Editora Brasiliense, São Paulo, 1988.
- DORNELLES, João Ricardo W. O que são Direitos Humanos. Editora Brasiliense, São Paulo, 1989.
- LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Companhia das Letras, São Paulo, 1988.
- LESBAUPIN, Ivo. As Classes Populares e os Direitos Humanos. Editora Tecnos, Madrid, 1984.
- LUNO, Antonio E. Perez. Los Derechos Fundamentales. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.
- MARX, K. A Questão Judaica. Editora Achiamé, Rio de Janeiro.
- PICADO, Sonia. La Fundamentación Histórica, Filosófica y Jurídica de los Derechos Humanos. Libro Libre, San José, Costa Rica, 1986.
- \_\_\_\_\_. Apuntes sobre los fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos. in Curso Inter-

disciplinário en Derechos Humanos. Antología Básica. IIDH-CAPEL, San José, Costa Rica, 1990.

THOMPSON, José. Fundamento Histórico-Filosófico de los Derechos Humanos. in Educación y Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1986.

O PROCESSO CONSTITUCIONAL E AS (PÓS) TRANSIÇÕES  
POLÍTICAS: CASOS COMPARATIVOS

José Ribas Vieira\*

1. INTRODUÇÃO

Nestes últimos dez anos, a teoria política foi capaz de produzir uma reflexão importante a respeito da transformação dos regimes autoritários em possíveis ordens democráticas (1).

Destaca-se, neste debate, de modo bem pontual, a contribuição firmada por O'Donnell. Este cientista político argentino viabilizou, assim, distinções fundamentais em torno da temática da transição. É o caso, por exemplo, da diferenciação das transições de ruptura (Portugal, a Revolução de 25 de abril de 1974) e a pactada (Espanha, através do "Pacto de Moncloa") (2).

No campo do Direito, devemos reconhecer que, praticamente, inexistente qualquer tentativa de uma vinculação entre o papel da ordem jurídica e as ca-

---

\* Professor do Mestrado de Direito - PUC-Rio.

tegorias como a do autoritarismo e a transição política (3).

Na verdade, o jurídico desconhece a necessidade de um questionamento em que nível determinados processos de institucionalização podem viabilizar ou não uma ordem democrática estável.

Tal fato decorre de que a teoria jurídica se limita, apenas, a compreender qualquer mudança política através de noções tão abstratas como a do poder constituinte.

Deste modo, há uma perspectiva dentro do corpo do Direito que não compete ao seu quadro conceitual se deter em indagações mais valorativas em torno de uma real legitimidade de uma nova ordem jurídica.

Neste raciocínio, estamos tentando romper com essa visão estática proposta pelo fenômeno jurídico e problematizar se há ou não uma relação mais estreita entre as ordens constitucionais e a denominada transição política.

Creemos que o exame de certos quadros constitucionais e as mudanças político-institucionais efetivadas (Alemanha, 1949, Portugal, 1976, Espanha, 1978, Brasil, 1988) podem apontar importantes pistas

para uma certa sistematização dos dados levantados.

Um outro dado a ser ventilado e a respeito de que, desvinculada dessa possível relação entre constituição e transição, devemos investir, também, num mapeamento de novos pontos demarcados por essas ordens jurídicas nessa etapa de transição.

Acreditamos, desse modo, que a integração de outras perspectivas teóricas dentro do quadro de modelos de transição só virá enriquecer o debate. Assim, a nossa preocupação nesse estudo não é meramente de compreender a teoria da transição política dentro de um simples plano de mudança institucional. Pelo contrário, o nosso objetivo ao enfatizar a presença do jurídico é de mostrar toda a sua complexidade e os seus inúmeros mecanismos.

Não podemos esquecer, também, que ao privilegiarmos um certo número de casos comparativos, não temos a pretensão de limitarmos a nossa análise a experiência latino-americana.

Estamos dando um pequeno passo no sentido de que, numa próxima etapa, possamos incorporar as transformações políticas ora vivenciadas pela Europa do Leste (4) numa simples análise.

Na verdade, os casos por nós estudados enquadram-se dentro de um parâmetro de transições políticas já complementadas, ou melhor, afirmando de pós-transições. Nesse nível, o interesse volta-se para examinar o maior ou menor grau de sucesso do funcionamento das instituições sem ocasionar constantes instabilidades políticas.

É importante, ainda, sublinhar como fenômeno sociológico e a análise dos documentos constitucionais como foram aptos ou não de formalizarem e aplicarem um dado discurso democrático.

Dentro desses pontos é que tentaremos avançar o nosso trabalho. Sabemos que, na sua parte principal referente a um quadro constitucional, incorreremos num determinado erro. Erro esse, aliás, cometido pelos analistas da teoria da transição política. Pois, assumidos, também, um sentido meramente descritivo. No entanto, esse aspecto descritivo foi básico para aglutinar dados essenciais sobre a mudança política no seu aspecto jurídico.

## 2. PERSPECTIVA HISTÓRICA

Para um melhor entendimento da vinculação

ou não da ordem constitucional com a transição política, é necessário firmar um balanço de presença do instrumento jurídico para as transformações sociais.

Sem dúvida nenhuma em sociedades complexas como a romana ou dentro do próprio período medieval europeu, o direito esteve, extremamente, atrelado às alterações sociais. Assim, modo tópico e jurisprudencial, caso a caso, o Jurídico contribuiu, nesses momentos, de forma decisiva na adequação da ordem normativa.

### 2.1. Liberalismo e a ordem constitucional

Estando o poder político institucionalizado na forma estatal, cabia, no coroamento desse processo no final do século XVIII, encontrar saídas de como limitá-lo e abrir possibilidade para a maior participação da sociedade.

No bojo da Revolução Francesa de 1789, a participação de Sieyès foi decisiva para apontar categorias jurídicas necessárias para cumprir as demandas de restrição do poder político. Categorias como assembleia nacional constituinte, constituição, etc.

Essa materialização do direito, consolidou-se no início do século XIX através da figura de Benja-



min Constant. Esse constitucionalista francês abre, assim, uma discussão relevante para a época como é o caso da limitação da soberania popular e de propor um sistema eleitoral qualificado.

Na própria América Latina no século passado, há toda uma formulação de um pensamento jurídico liberal básico para fundamentar as mudanças sociais desse período.

Nesse nível, a introdução do individualismo jurídico e a consolidação da moderna propriedade são resultados concretos desta fase.

## 2.2. A crise do liberalismo dos anos 20 e 30

Gostaríamos de enfatizar uma análise mais localizada da contribuição do debate decorrente da Constituição Alemã de 1919.

A Constituição de Weimar acabou gerando um modelo político cesarista-parlamentar. Desse arcabouço, sobressai o famoso art. 48 da Constituição alemã de 1919. O citado dispositivo constitucional facultava ao Presidente da República de Weimar, em caso de situações de emergência, uma série de poderes constitucionais discricionários.

Esse período de instauração da Constituição de Weimar abriu margem para a formulação de um pensamento analítico muito rico a respeito de seu modelo institucional.

Personalidade desse tempo é a de Carl Schmitt (5). Esse jurista alemão atua no sentido de compreender o elemento político como condição, necessária para o funcionamento e a estabilidade do sistema jurídico.

Schmitt defende, assim, a aplicação do art. 48 da Constituição de Weimar como saída para a crise política com o fortalecimento dos poderes do Presidente da República da Alemanha.

Schwab descreve a visão do jurista pressuposta por Carl Schmitt desse modo:

"Segundo ele, cada norma formula sua situação de normalidade, e torna-se sem significado quando esse quadro cessa de existir. Para ele, o estado de exceção revela que a rotina da normalidade esconde. A visão de Schmitt é imperativo que o jurista constitucional reconheça a exceção como um problema jurídico, a despeito do fato que a exceção, segundo Schmitt, não pode ser submetida a uma norma e portanto estrí

tamente circunscrita. A tarefa do jurista constitucional é de abrir olhos quando faz frente com a exceção e não se esquite das possibilidades jurídicas (...) em todo sistema constitucional. Concretamente discorrendo, no contexto da Constituição de Weimar e os escritos de Schmitt do início dos anos 20, representa uma reflexão como o jurista poderia atuar em que extensão do sistema legal sem colocá-lo no risco de sobrevivência." (6)

Esse papel preconizado por Schmitt em relação ao jurista, em nossas sociedades, desponta, por exemplo, na contribuição do pensador brasileiro Oliveira Vianna. Independentemente de colocações se há ou não vinculação mais intensa com o nosso pensamento autoritário, esse jurista foi capaz de visualizar, também, uma inter-relação do social com o jurídico. Com base nessa interpretação, conseguiu propor determinadas soluções para a crise vivenciada pela sociedade brasileira nos anos 30. Na sua obra PROBLEMAS DE DIREITO COMPARATIVO, (7) Oliveira Vianna defende a aplicação de uma interpretação legal flexível sem maiores laços com a dogmática jurídica.

Num outro período, a barbariedade cometida pelos regimes totalitários da Alemanha e da Itália, provoca uma mudança profunda na teoria constitucional pós-

-45.

A preocupação dessa teoria constitucional, notadamente da origem alemã, é de assegurar a estabilidade democrática. Tal teoria formula mecanismo para viabilizar esse objetivo, como a título de exemplo cabe mencionar: controle da constitucionalidade, parlamentarismo responsável e sistemas eleitorais.

Deve ser sublinhado que o pensamento constitucional elaborado nessa fase não aprofundou uma reflexão se de fato as novas ordens jurídicas assegurariam ou não o avanço do processo democrático.

Nesse percurso histórico é interessante notar que fora da órbita constitucional, nos últimos 20 anos, devido mais à própria crise do Estado de Providência, retomou-se um debate a respeito do direito na sua relação com o Estado e a sociedade.

Concluído esse item, passaremos a examinar cada caso.

### 3. ANÁLISE DE PONTOS ESPECÍFICOS DO DIREITO E A TRANSIÇÃO POLÍTICA

Estaremos privilegiando aqueles casos de transição política a nível jurídico nos quais houve mais nítido um questionamento democrático.

Não enquadraremos, por exemplo, a transição política italiana com a sua Constituição de 1947 devido a uma série de fatores, entre os quais: o pacto político para o P.C.I. não ascender o poder; uma preocupação mais econômica de sua carta constitucional; e, por fim, a aplicação constitucional, devido aos obstáculos materializados pela Democracia Cristã, só ocorrerá dez anos mais tarde.

Quanto à França, o perfil do surgimento da V República e o seu próprio desenvolvimento institucional ao longo dos anos 60 nos afastou de termos nessa transição política.

Além dessas observações, cabe enfatizar que o período pós Segunda Guerra Mundial dentro da relação da teoria constitucional e as transições políticas examinadas transcorreram com seguintes objetivos de normatização: uma visão democrática; estabilidade institucional; e a incorporação da mudança social.

### 3.1. O caso da transição política-jurídica alemã

A transição política do regime nazista para uma nova ordem jurídica adveio do aniquilamento do Estado alemão em 1945 e sua divisão e ocupação pelas denominadas forças aliadas (E.E.U.U., França, Inglaterra

e URSS).

O surgimento da Alemanha Federal prospera com a instituição da "Lei Fundamental" (1949). As próprias características da "Lei Fundamental" apontam para uma transitoriedade aguardando a futura unificação alemã.

Retomando, entretanto, a própria tradição publicista alemã, o debate jurídico apresentou resultados relevantes para consolidar a nova ordem constitucional.

A discussão jurídica prendeu-se muito numa justificativa de estruturar limites supra-constitucionais a "Lei Fundamental" de 1949 de modo a evitar as transgressões ocorridas na vigência da "Constituição de Weimar".

É significativo como análise da construção do processo de transição política alemã para uma ordem democrática formalmente estável a obra NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITUCIONAIS? de autoria de Otto Bachof (8) demonstrando a necessidade da submissão do quadro constitucional a certos níveis valorativos. Tornou-se, também, desnecessário enumerar uma série de autores tais como Christian Starck (9), Martins Kriele(10),

todos preocupados com a imperiosidade do acatamento da ordem jurídica da "Lei Fundamental" do Estado de Direito.

Todavia, não foi nesse período da consolidação da nova ordem democrática constitucional que se formulou um pensamento reflexivo entre o direito e o social.

São autores como Jürgen Habermas (11), por exemplo, que diante da crise de legitimidade dessa estrutura jurídica-política interventora que possibilitara um avanço do questionamento e uma análise do futuro dessas ordens no período pós-1945.

A título conclusivo bastou assimilar que a transição política e jurídica alemã apresentou sempre um aspecto tenso de sua legitimidade, como também, de seu lado de provisoriedade.

### 3.2. O Caso da transição política-jurídica portuguesa

A transição política do autoritarismo em Portugal é deflagrada pela Revolução de 25 de abril de 1974. Esse processo de ruptura acarreta, naturalmente, um período de instabilidade política. A Constituição portuguesa em 1976 é o resultado, assim, mais de confl

tos sem produzir um consenso.

A nova estrutura constitucional portuguesa, incorporaram-se as Forças Armadas no denominado Conselho da Revolução. Além desse dado a Constituição de 1976 propõe um modelo de viabilizar um futuro projeto de uma sociedade socialista e abre o caminho para a maior participação dos movimentos sociais.

Entretanto, o ponto importante do papel da Carta-constitucional da Revolução de 25 de abril de 1976 está representada pelos dispositivos do antigo artigo 286 disciplinando a revisão constitucional. No primitivo art. 286, inciso I, assinalava que uma futura modificação constitucional só poderia ocorrer após um lapso de tempo.

De fato, em 1982, deparamos com a primeira revisão da Carta portuguesa de 1976. Tal mudança foi instrumento importante para dar avanço e completar a transição ao permitir, por exemplo, a retirada do Conselho da Revolução (Forças Armadas) da estrutura do Poder Político.

A "Lei Constitucional nº 1/89" promulgada em 08 de julho de 1989 completa esse ciclo ao consagrar a segunda revisão constitucional. Essa revisão concreti

zou, por exemplo, o abandono da possibilidade de um modelo socializante a favor de uma maior interação da sociedade portuguesa ao desenho da "Comunidade Económica Européia."

Apesar de não ter merecido uma maior detalhada análise, a previsão de revisão constitucional da Carta portuguesa de 1976 traduziu um mecanismo de consolidação da transição política.

Reza, desse modo, o atual artigo 284 e seus incisos 1º e 2º:

"Art. 284...

1. A Assembléa da República pode rever a Constituição de corridos cinco anos sobre a data da publicação de qualquer lei de revisão.

2. A Assembléa da República contudo, pode assumir em qualquer momento poderes de revisão Constitucional por maioria por quatro quintos dos Deputados em efetividade de funções."

Pelo artigo 284, inciso 1º, instituiu um ritmo e uma programação de uma revisão constitucional ordinária a cada cinco anos.

Esse procedimento constitucional ilumina José Magalhães a antecipar uma terceira revisão consti-

tucional prevista para 1994 (12).

Numa análise mais conclusiva, anotaremos que, através do instituto da revisão constitucional ordinária (art. 284.1) ou extraordinária (284.2) articulou um processo importante de relação entre a ordem jurídica e a transição política.

### 3.3 O Caso da transição política-jurídica espanhola

Diferentemente da Constituição portuguesa de 1976, a Constituição espanhola de 1978 é o resultado de um processo consensual.

Fora esse fator de acordo entre as forças políticas em disputa, é importante examinar os procedimentos de elaboração da Constituição espanhola de 1978. A sua preocupação central foi de estabelecer as regras do jogo político democrático.

Recorreremos a uma análise de Ludolfo Parramio ao comparar os processos constituintes espanhol e brasileiro:

"Recorreremos contra o que se poderia pensar ingenuamente, a semi-clandestinidade dos trabalhos da comissão relatora da nova Constituição permitiu uma redação rápida e eficaz, que mesmo deixando pon-

tos obscuros (especificamente no que se refere à organização quase federal do novo Estado), conseguiu num prazo bem breve (um ano praticamente) ficarem definidas as regras do jogo sobre os quais se basearia a democracia espanhola. No Brasil, ao contrário, a publicidade das discussões sobre a nova constituição complica e torna mais lentos, inevitavelmente, os avanços de sua redação..." (13)

Esse interesse pelas "regras do jogo político" e sua elaboração ser fruto de um consenso, resultou numa constituição para a Espanha de caráter bem sintético.

Outro dado importante para a transição política espanhola e o comprometimento da sociedade e os aparatos do Estado e a Carta Magna de 1978. O disposto do artigo 9.1 subordinado a todos a ordem constitucional - nal traduz bem esse espírito.

Mais uma vez, Ludolfo Paramio nos ajuda ao lembrarmos que, a tentativa do Golpe de Estado de 23 de fevereiro de 1981, "EL PAIS" estampou numa edição especial a seguinte manchete: "El país, com a Constituição" (14). Esse exemplo destacado por Paramio demonstra a força de uma consciência constitucional para a garan -

tia da transição política na Espanha.

Interessa-nos, ainda, sublinhar um outro ponto importante não muito aprofundado e articulado pelos juristas em relação à Carta-Constitucional de 1978 e à transição política espanhola.

Antes de mais nada, é válido lembrar a presença expressiva da teoria e o debate constitucional alemão pós-45 na formação do pensamento jurídico da Espanha. Essa influência coloca-se, principalmente, na discussão do papel da justiça constitucional.

O jurista Eduardo Garcia de Enterría (15) será um dos expoentes da defesa do instrumento da justiça constitucional como adaptador da Constituição de 1978 a realidade social.

Leocina Garcia de Enterría a esse respeito:

"Desde essa perspectiva, podemos afirmar sem reservas que o estabelecimento do dito sistema na Constituição de 1978 apresenta-se com uma especialíssima oportunidade. Essa constituição, por diferença notável com todas as demais de nossa história, há sido uma obra coletiva, fruto do compromisso entre todas as forças políticas relevantes, do consenso... O tribunal

Democrática." (17)

A esse descompasso, soma-se que a convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987 e 1988 materializou-se não de uma aprovação de "referendum" e sim por iniciativa de um Presidente da República (José Sarney) não eleito de forma direta. É de ser acrescentado que tal iniciativa foi aprovada através de uma Emenda Constitucional nº 26 por um Congresso Nacional ainda originário do regime autoritário de 1964.

A Assembléia Nacional Constituinte de 1987 e 1988, como já lembrou Ludolfo Paramio anteriormente, estruturou-se, em nome da transparência e publicidade, por um processo de sua elaboração que a fragmentou em diversas comissões temáticas. Esse aspecto formal provocou uma certa dispersão na mobilização e o apoio por certas forças sociais a favor de determinados projetos.

O resultado é uma constituição que não traduz e nem agrega a certos setores sociais como ocorreu com a proposta inicial e nítida da Constituição portuguesa de 1976.

Além disso, de modo não muito claro a Constituição brasileira de 1988 não construiu um modelo

- Do Papel do Direito como questionador da Justiça substancial... Ana Paula Tostes ..... pág. 203.
  - Sistema Distrital: Estudo Comparativo das Estruturas Inglesa, Alemã, Canadense e Americana... Antonio Maués e Marcos Moog ..... pág. 212.
  - Constituição Econômica e Função Social da Propriedade. A Questão da Efetividade da Constituição de 1988 .... Maria Lúcia de Paula Oliveira ..... pág. 236.
  - O Poder Soberano em Thomas Hobbes... Paulo Roberto S. Mendonça ..... pág. 254.
2. NOTÍCIAS E INFORMAÇÕES
- Escritório Modelo de Advocacia (EMA) da PUC-RIO. Algumas Informações... Firly Nascimento Filho .. pág. 268.

de adaptação quer via revisão constitucional como programado pela Constituição de Portugal de 1976 ou quer via judicial, tendo como exemplo a Constituição espanhola de 1978.

De modo confuso, a Carta Magna Brasileira de 1988, seguindo aliás, já uma certa tradição constitucional nossa de qualquer alteração de sua normatividade só dar-se-á através da figura bem pontual e localizada da emenda constitucional, impossibilitou a saída de reatualização do modelo institucional via revisão.

Entretanto, no art. 3º das suas disposições transitórias, a Carta de 1988 preconiza a possibilidade de "uma revisão Constitucional" num prazo de cinco anos após a sua promulgação.

Já o artigo 2º das mesmas disposições, autoriza a convocação de um plebiscito em 07.09.1993 para decidir a forma e o sistema de governo.

Em relação à Carta Constitucional espanhola de 1978, a nossa Constituição não materializou uma real via judiciária para possíveis adaptações do texto constitucional ao processo da realidade social.

Na verdade, acrescentando como dado infor-

mativo, ainda, a existência de um inúmero conjunto de normas programáticas, acabou gerando, ainda, uma inexistência de um "sentir" constitucional (18) para a sociedade brasileira.

### 3.5. Quadro Comparativo

Com base nos casos apontados gostaríamos de propor o seguinte nível de comparação e análise:

QUADRO: RELAÇÃO POLÍTICA E A CONSTITUIÇÃO			
	Mecanismos de Articulação	Aplicação Estabilidade	Agentes
Transição Alemã 1945-1949	/Categorias de Direito/Justiça Constitucional	/Aplicada /tável	/Cientistas políticos comentam a ordem jurídica
Transição Portuguesa 1976	/Via Revisão Constitucional	/Mudança e adaptação constante	/Não há uma crítica e análise a respeito
Transição Espanhola 1978	/Via Justiça Constitucional	/Flexibilidade de e estabilidade	/Há uma certa consciência
Transição Brasileira	/Não se consolidou um mecanismo de sua articulação com a transição política	/Contestada	/Desconhecida dentro do debate da transição.



O quadro comparativo é relevante para firmarmos uma síntese reflexiva sobre cada caso de transição política e a elaboração constitucional.

O item "agentes" serve para assinalar, talvez relevando a exceção do caso espanhol, o fato de que o jurista tem atuado muito pouco com um papel consciente de sua presença nas transformações sociais de sua sociedade.

Uma figura de Carlo Schmitt ou um debate do pensamento publicista como ocorreu na Alemanha dos anos 20 e raro dentro do meio jurídico examinado nesse momento da transição política e da consolidação de uma ordem democrática.

#### 4. OS FATORES SOCIAIS DA VINCULAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA COM A REALIDADE SOCIAL

Neste item do trabalho não nos interessa muito aprofundar um estudo da efetiva relação de mudança para o direito provocada pela crise do Estado de Providência em países como da Europa Ocidental.

Não podemos esquecer de que, pelo menos essa crise do Estado de bem estar social, foi útil para repensar a teoria geral do Direito e seus mecanismos de

aplicação.

Abriu-se o caminho para o exame dos problemas decorrentes de um processo legiferante excessivo, da pluralidade de novos sistemas normativos convivendo numa mesma sociedade e a do acesso à Justiça.

As sociedades latino-americanas não viveram um Estado de Providência. Pelo contrário, lutamos ainda, pela instauração e uma ordem mínima de direitos e do reconhecimento da cidadania.

Cabe ressaltar que, de modo contraditório, as nossas transições políticas tem ocorrido tanto durante a urgência de efetivarmos uma ordem jurídica democrática e igualitária, como também, elas se dão num momento de maior crise econômica-social experimentadas por elas. Diante deste ponto, deparamos com a quase total impossibilidade de avançarmos, para assegurar essas conquistas democráticas e de justiça.

A crise do Direito detectada nas sociedades de Estado de Providência abrem diante de nós, mesmo estando nos fundamentos no quadro de situações sociais perversas, numa direção:

- como assegurar a autonomia do indivíduo diante de um estado regulador excessivo?

- como viabilizar a explicação de várias ordens jurídicas existentes dentro de uma mesma sociedade?
- quais são os caminhos para o acesso à Justiça?

Na verdade, as transições políticas na América Latina estão ocorrendo e se articulando à via jurídica não através do processo constitucional e sim das questões acima enumeradas.

##### 5. CONCLUSÃO

Através de uma trajetória histórica, procuramos demonstrar como é tradicional a ordem jurídica e o papel desempenhado pelo jurista de interferir na sua própria realidade social.

Em razão talvez da complexidade dos atuais sistemas normativos, o debate em torno da transição política não tem demonstrado uma sintonia nítida e firme entre o jurídico (via Constituição) e as novas estruturas políticas.

Na América Latina (Brasil), como resultado muito mais da gravíssima crise econômica-social e da própria crise da teoria do direito temos assistido uma interessante articulação do fenômeno jurídico à realidade

de social.

Tal fato demonstra que as nossas novas instituições (Constituição Federal de 1988) não se apresentam suficientemente fortes para encaminhar esse debate.

Reportando ao brasileiro Oliveira Vianna, não podemos esquecer o fato de que a nossa transição política está chegando a uma dada etapa independente, talvez, da existência do país legal.

Talvez essa seja a lição maior para as nossas sociedades da Europa do Leste. O importante não é a existência de uma constituição perfeita e acabada. O básico para o avanço das transições políticas para uma ordem democrática efetiva seria a garantia mínima dos direitos individuais e coletivos. E a partir daí que a própria cidadania construirá o arcabouço de uma sociedade mais justa.

NOTAS

- (1) Vide o balanço dessas últimas análises no trabalho síntese de Guilherme O'Donnell e Philippe C. Schmitter, TRANSIÇÕES DO REGIME AUTORITÁRIO (Primeiras Conclusões). (São Paulo: Ed. Vértice, 1988).
- (2) Vide, Guilherme O'Donnell, TRANSIÇÕES CONTINUIDADES E ALGUNS PARADOXOS (41:1) e "HIATOS, INSTITUIÇÕES E PERSPECTIVAS DEMOCRÁTICAS" (72:90) in A Democracia no Brasil Dilemas e Perspectivas (org.) Fábio Wanderley Reis e Guilherme O'Donnell (São Paulo: Ed. Vértice, 1988).
- (3) A nossa tese de Doutorado (UFRS, 1982), O AUTORITARISMO E A NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL DO BRASIL publicado pela Ed. Renovar (Rio de Janeiro, 1988) procura contribuir com uma relação entre o autoritarismo e o direito através da análise como constitucionalmente incorpora-se modalidades de estado de exceção.
- (4) Vide o número da REVUE INTERNATIONALE DES SCIENCES SOCIALES (mai.1981) - LES TEMPS DE LA DEMOCRATIE publicado pela UNESCO (número 128).

- E uma edição primorosa na qual se integram as experiências de transição política na América Latina, Europa do Sul e na Europa do Leste.
- (5) Dentro de uma literatura considerada de pós-transição podemos enumerar as seguintes obras: A OPÇÃO PARLAMENTARISTA (org. Bolívar Lamonié) (São Paulo: Editora Sumaré, 1991) e o de autoria de Arend Lipjhart, AS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS (Portugal: Gradiva, 1989). Nessas publicações há uma preocupação centrada mais no aspecto institucional. Isto é, da capacidade de adequação das estruturas político-jurídicas.
- (6) Vide George Schwab, THE CHALLENGE OF THE EXPECTATION - ON INTRODUCTION TO THE POLITICAL IDEAS OF CARL SCHMITT BETWEEN 1921 AND 1936 (Connecticut: Greenwood Presse, Inc., 2a. ed., 1989).
- (7) Ibidem, pág. 49.
- (8) Oliveira Vianna, PROBLEMAS DE DIREITO CORPORATIVO (Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1938).
- (9) Otto Bachof, NORMAS CONSTITUCIONAIS INCONSTITU

- CIONAIS? (Coimbra: Atlantida Editora, 1977).
- (10) Christian Starck, EL CONCEPTO DE LEY LA CONSTITUCION ALEMANA (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1979).
- (11) Martin Kriele, INTRODUCCION A LA TEORIA DEL ESTADO (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1980).
- (12) Jurgen Habermas, A CRISE DE LEGITIMAÇÃO NO CAPITALISMO TARDIO. (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980).
- (13) Jose Magalhães, DICIONÁRIO DA REVISÃO CONSTITUCIONAL. (Portugal: Publicações Europa-América, 1989), verbete Terceira revisão, pág. 106.
- (14) Ludolfo Paramio, "AGONIA E MORTE DE DUAS DITADURAS: ESPANHOLA E BRASIL" in DILEMAS DA CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA (organizadores José Alvar Moises e J.A. Guilhon Albuquerque) (Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989), pág. 60. (vide , ainda, LA TRASICION POLÍTICA, de Raul Morado , Madrid: Ed. Tecnos S.A., 1988).
- (15) Op. cit., pág. 60.
- (16) Eduardo Garcia de Enterría, LA CONSTITUCION COMO NORMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (Madrid:

- Editorial Civitas S.A., 3a. edição, 1985) pág. 207.
- (17) Vide Bolívar Lamounier, PARTIDOS E UTOPIAS - O BRASIL NO LIMAR DOS ANOS 70. (São Paulo: Edições Loyola, 1989).
- (18) Pablo Lucas Verdu, EL SENTIMIENTO CONSTITUCIONAL. (Madrid: Reus S.A., 1985).

## A CAMINHO DE UM DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino\*

1. Sobre a Noção de Direito Civil: Dificuldades Conceituais e Transformações. A importância do Código Napoleão; a Chamada "Publicização" do Direito Civil; a Concepção Moderna.

Convém, inicialmente, examinar o conceito de direito civil. O trabalho, que parece simples à primeira vista, suscita certo embaraço, diante das controvérsias em torno de uma unidade conceitual, "compreensiva de suas genuínas funções" (1). O jurista, tanto mais o civilista, sabe que a noção se explica melhor através da história das instituições do que mediante uma discriminação racional (2). Reconhece-se, então, desde logo, como insuficiente, a mera repetição de antigos enunciados, já superados pelo tempo, e impõe-se a necessidade de encontrar os meios adequados para colocar em foco a face moderna do

\* Coordenadora do PET-JUR e Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

direito civil.

Entende-se tradicionalmente por direito civil aquele que se formulou no Código Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat (3) - quem primeiro separou das leis civis as leis públicas -, cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo inserto no Code (4) e que, em seguida, viria a ser adotado pelas codificações do séc. XIX (5).

O direito civil foi identificado, a partir daí, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, capacidade, família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual. Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver o mais livremente possível a sua atividade econômica. As limitações eram as estritamente necessárias para tornar possível a convivência social. Emblemático e comprovador desse estado de coisas é a concepção que no Code se tem da propriedade, seu instituto central, ali definida como o "direito de gozar e dispor dos bens na maneira mais absoluta" (6).

Nesse sistema, as relações do direito público com o direito privado apresentam-se bem definidas.

O direito privado insere-se no âmbito dos direitos naturais e inatos dos indivíduos. O direito público é aquele emanado pelo Estado para a tutela de interesses gerais. As duas esferas são quase impermeáveis, atribuindo-se ao Estado o poder de impor limites aos direitos dos indivíduos somente em razão de exigências dos próprios indivíduos (7).

Nada mais diverso da concepção moderna. Irreconhecível seria para os interprètes du Code a nova feição do direito civil, atualmente considerado, simplesmente, como uma série de regras dirigidas a disciplinar algumas das atividades da vida social, idôneas a satisfazer os interesses dos indivíduos e de grupos organizados, e para os quais são utilizados determinados instrumentos jurídicos (8). Apartou-se do campo do direito civil (propriamente dito) aquilo que era a sua real nota sonante, isto é, a defesa da posição do indivíduo frente ao Estado (hoje matéria constitucional), alcançada através da predisposição de um elenco de poderes jurídicos que lhe assegurava absoluta liberdade para o exercício da atividade econômica.

O sustentáculo fundamental do liberalismo que, admitida a separação entre o Estado e a sociedade

civil, relegava àquele a tarefa de manter a coexistência pacífica entre as esferas individuais, para que livremente se desenvolvessem conforme suas próprias regras, entrou em crise desde que o Poder Público passou a intervir quotidianamente na economia. Diante de um Estado intervencionista a regulamentador, que dita as regras do jogo, o direito civil viu modificadas as suas funções e não pôde mais ser estimado segundo os moldes do direito individualista dos séculos anteriores.

Todavia, parece questionável que tamanha mutação tenha advindo, exclusivamente, da chamada "publicização" do direito privado, como comumente se atribui (9); ou, diversamente, que haja decorrido de uma mudança interna, na própria estrutura do direito civil, alterando desse modo suas relações com o direito público (10). Em primeiro lugar, como é notório, os códigos civis perderam a posição central que tinham no sistema, verdadeiras constituições em que se configuravam, acarretando a redução do espaço reservado ao contrato e à propriedade, institutos-chave do liberalismo (11). Além disso, a concepção de proteção da vida individual - construção em que subjaz a autonomia individual em sentido absoluto - deu lugar à noção de integração do homem na sociedade,

substituindo-se, por força da industrialização, à figura do indivíduo isolado aquela da associação. A evolução do direito civil também se explica, pois, como efeito da influência das grandes correntes do pensamento em particular, da marcada tendência a uma justiça social em maior proporção, decorrente, principalmente, do alastramento do trabalho subordinado (12).

De modo que o processo de transformação econômica, social e jurídica, que se iniciou na 1ª Grande Guerra, já não encontrou o direito civil incólume, sendo certo, ao contrário, o profundo impacto sentido em suas estruturas - contrato e propriedade privada -, por obra daquelas mudanças conceituais havidas no seio da sociiedade (13). De um lado, o florescimento da idéia moderna de Estado, assumindo funções antes deixadas à iniciativa privada. De outro, no que se refere ao antigo conteúdo do direito civil, a reviravolta da noção de direito subjetivo, de senhoria (poder) da vontade (14) a interesse juridicamente protegido (15) e, finalmente, às formulações dogmáticas nas quais resulta intuitiva a sua absorção pelo direito objetivo (16).

O intervencionismo estatal e, na sua esteira, o papel que o ordenamento jurídico passou a de

sempenhar na economia e, de uma forma geral, na vida civil podem, então, ser encarados como elemento interagente - ao invés de razão primordial - das profundas mudanças ocorridas no direito privado. O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a idéia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela da pessoa humana e de suas relações, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios do direito público como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado.

2. A Unidade do Ordenamento Jurídico e a Superação da Clássica Dicotomia Direito Público-Direito Privado. Os Novos Termos da Questão: Distinção Meramente Quantitativa. Prioridade dos Valores Existenciais.

Diante da nova Constituição e da proliferação dos chamados micro-sistemas (17), como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e outras leis especiais, é forçoso reconhecer que o Código Civil não mais se encontra no centro das relações de direito privado. Tal pólo foi deslocado, a partir da

consciência da unidade do sistema e do respeito à hierarquia das fontes normativas, para a Constituição, base única dos princípios fundamentais do ordenamento.

A unidade do ordenamento é característica reconhecidamente essencial (rectius, lógica) da estrutura e da função do sistema jurídico (18). Ela decorre da existência (pressuposta) da norma fundamental (Grundnorm) (19), fator determinante de validade de toda a ordem jurídica, e abrange a intolerabilidade de antinomias entre as múltiplas proposições normativas (constituindo-se, assim, em um sistema) (20). A relação entre a norma fundamental e a Constituição, quanto à questão do fundamento de validade do ordenamento, é também lógica, configurável através do mecanismo do silogismo jurídico; possibilita que se considere o documento constitucional como conjunto de normas objetivamente válidas, e, concomitantemente, coloca-o como a instância a que foi dada a legitimidade para "revalidar" a ordem jurídica (21).

Acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, considerando-se i

naceitável a rígida contraposição público-privado (22). Os princípios e valores constitucionais devem se estender a todas as normas do ordenamento, sob pena de se admitir a concepção de um "mondo in frammenti" (23), logicamente incompatível com a idéia de sistema unitário.

E tampouco se deve temer a admoestação de Pugliatti, segundo a qual "negata la distinzione, si dissolve il diritto" (24), porque são os valores constitucionais que irão determinar as escolhas legislativas e interpretativas no que se refere à regulamentação do caso concreto. Não há, assim, que se resguardar uma esfera da outra, proteger o direito privado das invasões da esfera pública, porque também os poderes públicos, como é sabido, devem respeito às opções (político-) normativas do legislador constitucional, em obediência ao princípio da legalidade.

De consequência, a rígida separação do Direito em público e privado, nos termos em que era posta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada (25). A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender, como já fizeram juristas alemães, italianos e franceses,



à sua reavaliação.

Com cada vez maior frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, ao contrário, o interesse público e o interesse privado. Tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento, seja em função do emprego de instrumentos privados por parte do Estado em substituição aos arcaicos modelos autoritários (26), seja na elaboração da categoria dos interesses difusos, seja no que tange aos institutos privados, com a atribuição de função social à propriedade (arts. 5º, XXIII, 170, III e 186 C.F.), a determinação imperativa do conteúdo do negócio, a objetivação da responsabilidade e a obrigação legal de contratar (27).

Defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão. A divisão do direito, então, não pode permanecer atada àqueles antigos conceitos e, de substancial - isto é, expressão de duas realidades herméticas e opostas traduzidas pelo binômio

autoridade-liberdade -, transforma-se em distinção meramente "quantitativa": há institutos onde é prevalente o interesse dos indivíduos, estando presente, contudo, o interesse da coletividade; e institutos em que prevalece, em termos quantitativos, o interesse da sociedade, embora sempre funcionalizado, em sua essência, à realização dos interesses individuais e existenciais dos cidadãos. (28)

Mais: no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana - isto é, os valores existenciais - no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito.

Além disso, o fenômeno da intervenção do Estado na economia tornou-se o mecanismo através do qual se realiza a justiça redistributiva, conforme exige o ditado constitucional. Com efeito, para se desincumbir da tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito, con

sistente em "superar as desigualdades sociais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social" (29), o Poder Público utiliza, como instrumento privilegiado, a intervenção na ordem econômica (30). Aliás, a convicção de que o Estado, em um regime democrático, não possa se furtar do dever de intervir (promocionalmente) no desenvolvimento da economia, predomina hoje nas principais correntes do pensamento contemporâneo (31).

De conseqüência, parece correta a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a summa divisio e reclama a incidência dos valores constitucionais na normativa civilista, operando uma espécie de "despatrimonialização" do direito privado (32), em razão da prioridade atribuída, pela Constituição, à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.

Dai decorre a urgente obra de controle de validade dos conceitos jurídicos tradicionais, especialmente os do direito civil, à luz da consideração metodológica que entende que toda norma do ordenamento deve ser interpretada conforme os princípios da Constituição Federal. Desse modo, a normativa fundamental passa a

ser a justificação direta de cada norma ordinária que com aquela deve se harmonizar (33).

Negar tal atitude hermenêutica significaria admitir um ordenamento assistemático, inorgânico e fragmentado, no qual cada núcleo legislativo responderia a tecidos axiológicos próprios, desprovidos da unidade normativa, traduzindo-se em manifesto desrespeito ao princípio da legalidade constitucional (34).

3. Natureza Jurídica da Normativa Constitucional. Sua Hierarquia e seu Papel na Teoria das Fontes. A Aplicação Direta da Constituição nas Relações de Direito Privado. O "Direito Civil Constitucionalizado".

O enfoque proposto desponta como um caminho obrigatório, inelutável mesmo, em razão da evidente - e, no entanto, tão fortemente combatida - natureza normativa dos enunciados constitucionais.

A vertente programática, hoje afinal esvaziada, por longo tempo impediu que se aproveitasse plenamente o documento constitucional, atribuindo características de linha de tendência política, ou mero ideal - rio não jurídico, às disposições hierarquicamente superiores, que se encontram no ápice do ordenamento (35).

Tal deformação, que é "antes tributária de imprecisão técnica do que de uma construção científica apta a justificá-la" (36) tem sido, contudo, objeto dos devidos reparos e, em breve, ao que parece, não será mais necessário reafirmar que a Constituição é um sistema normativo e que "as normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade" (37) do mesmo modo que os civilistas não precisam debater se as regras previstas no Código Civil são ou não jurídicas (38).

Grande parte da doutrina especializada, antiga e moderna, encontra-se coesa em torno do caráter normativo das prescrições constitucionais, isto é, de sua juridicidade (39). As normas constitucionais, com efeito, são dotadas de supremacia (decorrente da rigidez constitucional), elegem-se como as principais normas do sistema, não podem ser contraditas por qualquer outra regra jurídica, de modo que precípua é seu papel na teoria das fontes do direito civil.

Aos que criticam tal visão, advertindo que a constitucionalização de todos os setores das disciplinas jurídicas geraria a "hiper-interpretação" do documento constitucional (40) deve-se contrapor que a uniformida

de do ordenamento jurídico consiste exatamente em utilizar todo o potencial do sistema jurídico em um renovado positivismo, que não se exaure na pura e simples obediência à letra da lei, mas que, acatando substancialmente as escolhas políticas do legislador constituinte, estende os valores constitucionais a toda legislação (41).

Fortalece-se, assim, a cada dia, a tendência de não mais se permitir a utilização das normas constitucionais apenas em sentido negativo, isto é, como limites dirigidos somente ao legislador ordinário (42), sustentando-se, ao contrário, o seu papel transformador, entendendo-as como fundamento conjunto de toda a disciplina normativa infra-constitucional, como princípio geral de todas as normas do sistema.

A rigor, portanto, o trabalho hermenêutico do jurista moderno volta-se para a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do direito privado. (43).

Configura-se inevitável, de conseqüência, a inflexão da disciplina civilista (voltada anteriormente para a tutela dos valores patrimoniais) em obediência

aos enunciados constitucionais, os quais não mais admitem a proteção da propriedade e da empresa como bens em si, mas somente enquanto destinados a efetivar valores existenciais, realizadores da justiça social. São exemplos marcantes dessa nova perspectiva os dispositivos constitucionais que abrem os capítulos do Título dedicado à ordem econômica e financeira. Assim, o art. 170, regulando os princípios gerais da atividade econômica, dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. O art. 182, relativamente à política de desenvolvimento urbano, afirma que esta tem por objetivo garantir o bem estar dos habitantes das cidades. E, no mesmo sentido, os arts. 184, 186 e 192 C.F. Ao intérprete incumbirá, pois, em virtude de verdadeira cláusula geral de tutela dos direitos da pessoa humana, privilegiar os valores existenciais sempre que a eles se contrapuserem os valores patrimoniais.

Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regu-

lamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida quotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em consequência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada.

A transformação não é de pequena monta. Ao invés da lógica proprietária, da lógica produtivista, empresarial (em uma palavra, patrimonial), são os valores existenciais que, porque privilegiados pela Constituição, se tornam prioritários no âmbito do direito civil. Emblemática aplicação desta inversão dos valores no ordenamento, a nova lei sobre o bem de família (L. 8009/90) estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, não respondendo, salvo exceções expressamente previstas, por "qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e neles residam" (art. 1º).

Tais são os fundamentos daquilo que se começa a delinear como a fundação de um "direito civil constitucionalizado", um direito civil efetivamente transformado pela normativa constitucional (44).

#### 4. Aplicação Direta da Constituição nas Relações Inter-privadas. Hipóteses de Aplicação na Doutrina e na Jurisprudência Brasileiras.

Cumpra, finalmente, verificar de que modo e segundo que técnicas torna-se possível aplicar os princípios constitucionais no campo do direito civil.

A primeira referência diz respeito à teoria da interpretação, ao art. 5º da L.I.C.C., dispositivo que, regulando a aplicação das normas jurídicas serve de porta de entrada para os valores constitucionais na legislação civil, ao determinar que, "na aplicação da lei, o juiz atenderá (45) aos fins sociais e às exigências do bem comum".

As finalidades sociais da norma e exigências do bem comum foram já delimitadas pelo legislador constituinte quando da elaboração do texto constitucional. Do que resulta que, a teor do disposto, a interpretação das normas jurídicas, ainda que importe sempre na

sua re-criação pelo juiz, não resta submetida ao livre arbítrio do magistrado ou dependente de sua exclusiva bagagem ético-cultural, encontrando-se definitivamente amarrada aos valores essenciais do ordenamento jurídico.

Ampliando ainda mais a importância dos princípios constitucionais na interpretação e aplicação do direito, pode-se afirmar que a leitura da legislação infra-constitucional deve ser feita sob a ótica dos valores constitucionais. Assim, mesmo em presença de aparentemente perfeita subsunção a uma norma de um caso concreto, é necessário procurar a justificativa constitucional daquele resultado hermenêutico.

Com efeito, sabe-se hoje ser uma perspectiva ilusória aquela que considerava a operação de aplicação do direito como atividade puramente mecânica, que se resumiria no trabalho de verificar se os fatos correspondem aos modelos abstratos fixados pelo legislador. A análise do caso concreto, com frequência, enseja prismas diferentes e raramente pode ser resolvida através da simples aplicação de um artigo de lei ou da mera argumentação da lógica formal: poderiam, então, variar em muito as exegeses. Daí a necessidade, para os operado -

res do direito, do conhecimento da lógica do sistema, oferecida pelos valores constitucionais, pois que a norma ordinária deverá sempre ser aplicada juntamente com a norma constitucional, que é a razão de validade para a sua aplicação naquele caso concreto. Sob esta ótica, a norma constitucional assume, no direito civil, a função de, validando a norma ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores, princípios e normas, os institutos tradicionais.

Tais técnicas de aplicação do direito, instrumentos hermenêuticos obrigatórios, apresentam-se ainda reforçados pela possibilidade que o ordenamento concede ao juiz de considerar insubsistentes normas ordinárias contrárias ao texto maior, através do mecanismo do controle difuso de constitucionalidade. Cabe, pois, também ao magistrado a operação de controle e verificação do respeito à supremacia do documento constitucional.

A aplicação direta das normas constitucionais nas relações interprivadas tem sido realizada, atualmente, pela doutrina e pela jurisprudência, no que se refere a inúmeros institutos do direito civil, da propriedade ao direito de família, das sucessões à responsabilidade civil. Mais os Tribunais do que os juristas têm procedido à ingente e imperiosa tarefa de reler o Código

Civil e as leis especiais civis à luz da Constituição Federal.

No direito de família, cumpre assinalar a perspectiva de "repersonalização" das relações da família, recentemente defendida (46), através da qual, demonstrado o forte "conteúdo patrimonializante" das relações reguladas pelo direito de família tradicional como, por exemplo, o fato de que "boa parte dos impedimentos matrimoniais não tem as pessoas, mas o patrimônio dos cônjuges como valor adotado" (47), se sustenta, em última análise, a prevalência dos valores existenciais: "Esses tipos de impedimento não devem persistir nas atuais relações de família, centrada no princípio de liberdade estabelecido na nova Constituição e nas forças vivas da instituição social (...). Não deve a proteção do patrimônio suplantar a proteção das pessoas" (48). Em conclusão, afirma-se: "O interesse a ser tutelado não é mais o do grupo organizado como esteio do Estado, e das relações de produção existentes, mas das condições que permitam à pessoa humana realizar-se íntima e efetivamente, nesse pequeno grupo social" (49).

Outra doutrina (50), ainda no âmbito das relações de família, aponta a completa substituição, em-

testador casado. Demonstrando a necessidade de diferenciar as figuras da concubina e da companheira, aquela "a amante, mulher dos econtros velados, do lar - destino", esta "mulher que se une ao homem já separado de fato da esposa", afirma-se imperioso proceder, no entendimento do artigo, à exclusão da companheira, porque a "união estável entre o homem e a mulher é reconhecida como entidade familiar (art. 226, § 3º Const.), em inequívoca demonstração de que o legislador constituinte, sensível à realidade vivenciada pela sociedade, consagrou esse relacionamento como credor da proteção do Estado. E este, através de sua função jurisdicional, quando interpreta restritivamente o impedimento consignado no art. 1719, III CCB, cumpre o desiderato constitucional".

Em ação de responsabilidade civil (54), em que se pleiteava indenização do Estado por ferimentos causados por projétil de arma de fogo disparado contra a vítima quando trafegava em via pública, acarretando-lhe paraplegia, entendeu-se que, inobstante ter restado indemonstrado o nexu de causalidade, é aplicável diretamente ao caso concreto o art. 203, V, Const., para garantir à vítima, como pessoa portadora de defici

preendida pelo texto constitucional, da "família-instituição", tutelada em si mesma, pela "família-instrumento", voltada para o desenvolvimento da personalidade de seus membros. Cotejando as antigas noções, estabelecidas pelo Código Civil, com as disposições constitucionais, verifica-se a presença de "uma inflexão relativamente à política legislativa do passado" (51), deslocando-se a proteção do Estado para "a família funcionalizada à formação e desenvolvimento da personalidade de seus componentes; nuclear, democrática, protegida na medida em que cumpra o papel educacional, e na qual o vínculo biológico e a unicidade patrimonial são aspectos secundários" (52). Segundo esta ótica, a instituição familiar recebe a proteção legal se e enquanto mantém seu caráter de instrumento para o pleno desenvolvimento de aspectos existenciais, que dizem respeito à personalidade de seus membros, em detrimento das relações de dependência econômica, hoje não mais prioritariamente tuteladas.

Interessante hipótese, analisada pelo Superior Tribunal de Justiça (53), refere-se à interpretação, à luz da Constituição, do art. 1719, III, C.C., a teor do qual se proíbe a deixa testamentária à concubina de

ência que não pode arcar com a própria manutenção, o benefício mensal de um salário mínimo. Serviu de fundamento para a decisão o art. 126 CPC, segundo o qual no julgamento da lide cabe ao juiz aplicar as normas legais : "portanto, no conceito do art. 126 incluem-se suas varia das categorias, como as constitucionais, complementares à Constituição, ordinárias, delegadas, decretos legislativos, decretos e regulamentos. Havendo norma legal acer ca do assunto submetido ao juiz não poderá ele deixar de aplicá-la" (55).

Em tema de propriedade, essencial torna-se a normativa constitucional para a reconstrução do instituto, no âmbito das relações privadas. A atribuição constitucional da função social parece incompatível com a tradicional forma de tutela do proprietário, aquele a quem era permitido usar e abusar do bem de sua proprieda de. As profundas restrições que, pouco a pouco, foram sendo impostas às faculdades inerentes ao domínio, acarretaram a crise do conceito tradicional e perplexidade en tre os operadores do direito civil com relação à determi nação do conteúdo mínimo da propriedade, sem o qual se desnaturaria o próprio direito.

Ao propósito, indagou-se "qual a concreta

disciplina a ser aplicada no conflito de interesses que envolva a questão da propriedade, vale dizer, se permanece o Código Civil, ou as leis especiais, como centro regulamentador do instituto, em relação ao qual a Constituição funcionaria como mero limite para o legislador ordinário ou se, ao contrário, a nova Constituição teria assumido um papel disciplinador ativo e ostensivo no tocante à propriedade privada" (56).

Em razão da supremacia da Constituição , que passou a se constituir como o centro de integração do sistema jurídico de direito privado, a lógica da pro priedade privada deve obsequiar a regulamentação lá estabelecida, que determina um novo regime jurídico para a matéria. Assim, "as normas de direito privado sobre a propriedade hão de ser compreendidas de conformidade com a disciplina que a Constituição lhe impõe" (57).

Reformulando, pois, a antiga concepção, po de-se afirmar que a função social passa a ser vista como elemento interno da estrutura do direito subjetivo (58), determinando sua destinação, e que as faculdades do proprietário privado são reduzidas ao que a discipli na constitucional lhe concede, na medida em que, "O pressuposto para a tutela da situação proprietária é o



cumprimento de sua função social, que por sua vez, tem conteúdo pré-determinado, voltado para a dignidade da pessoa humana e para a igualdade com terceiros não proprietários" (59).

Em conclusão, mesmo quando o legislador ordinário permanece inerte devem o juiz e o jurista proceder à inadiável tarefa de adequação da legislação civil, através de interpretações dotadas de particular "sensibilidade constitucional" (60) que, em última análise, vivifiquem o teor e o espírito da Constituição.

NOTAS

- (1) M. Serpa Lopes, Curso de Direito Civil, vol. 1, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1955, p. 27.
- (2) É o que adverte R. Savatier, Du droit civil au droit public, Paris, LGDJ, 1950, 2a ed. p. 3. Assinala a evolução histórica do conceito Hernández Gil, El Concepto del Derecho Civil apud Serpa Lopes, ob. cit., p. 28.
- (3) Le leggi civili nel loro ordine naturale, trad. it. de A. Padovani, Pavia, Tipografia Bizzoni, 1825, 7 vols.
- (4) Ao contrário do que se deduz vulgarmente, não provém do Direito Romano aquela delimitação de conteúdo. No direito romano, o jus civile, o direito dos cidadãos, era essencialmente uma noção de direito público. O cidadão romano opunha-se ao escravo e ao peregrino e os seus direitos eram, no fundo, privilégios de direito público. Cf., em propósito, R. Savatier, o.l.c.

- (5) A influência do Código Civil francês não necessita de maiores comprovações e encontra -se bem resumida na frase de L. Josserand , Evolutions et actualités, Paris, Sirey, 1936, p. 11: "Une ère nouvelle s'ouvrait pour le Droit privé, non seulement en France mais dans presque toute l'Europe, on pourrait dire dans le monde entier, car l'influence exercé par le nouveau Code se fit sentir, non seulement à l'intérieur de nos frontières, mais à peu près dans toute la communauté civilisée".
- (6) O art. 544 do Code dispõe: "La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on ne fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements". Mas afirma G. Ripert, Le régime démocratique e le droit civil moderne, Paris, LGDJ, 1948, p. 196, sobre a segunda parte do artigo: "La plupart des restrictions à l'exercice du droit de propriété édictées par le Code civil sont uniquement dans l'intérêt des voisins, c'est-à-dire dans l'intérêt de la propriété même, et elles sont appelées

- servitudes, pour bien marquer qu'elles sont contraires à la liberté naturelle des fonds".
- (7) M. Giorgiani, Il diritto privato e i suoi attuali confini, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1961, p. 396.
- (8) Assim, Giorgianni, op. cit., p. 398.
- (9) Isto é, decorrente exclusivamente do fenómeno de intervenção do Estado na economia com a conseqüente compressão da autonomia individual. Assim, G. Ripert, Le déclin du droit, Paris, LGDJ, 1949, p. 37 e ss.; R. Savatier, Du droit civil, cit., passim.
- (10) Neste sentido, M. Giorgianni, ob. cit., p. 398.
- (11) Giorgianni, ob. cit. p. 399.
- (12) Assim M. Pioget, Travaux de l'association H. Capitant, II, apud Serpa Lopes, ob. cit., p. 30 e C. Mortati, La repubblica fondata sul lavoro, in Politica del diritto, 1975, p. 27.
- (13) Para essa perspectiva, cf. Giorgianni, ob. cit., p. 405 e ss. Sobre as limitações impostas à autonomia privada, introduzidas por o-

casião da 1ª Guerra, v. F. Vassalli, Della legislazione di guerra e dei nuovi confini del diritto privato, in Studi giuridici, II, Milano, Giuffrè, 1950, p. 337 e ss.

- (14) Windscheid, Diritto delle Pandette, trad. it. de Fadda e Bensa, vol. I, P. I, §37, Torino, U.T.E.T., 1902. V., sobre a opinião do Autor, os comentários dos tradutores italianos nas pp. 538 e ss.
- (15) Von Ihering, L'esprit du droit romain, apud C.M. Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, I, Rio de Janeiro, Forense, 1989, ed. univ., p. 49.
- (16) F. Ferrara, Tratatto di diritto civile italiano, I, Roma, Athenaum, 1921, pp. 295 e ss., espec. p. 325, para o qual "si ha diritto soggettivo tutte le volte che il titolare può invocare a suo vantaggio la realizzazione della norma".
- (17) V., em propósito, a análise fundamental de Natalino Irti, L'età della decodificazione, Milano, Giuffrè, 1980.

- (18) Para esta concepção, v. H.Kelsen, Teoria Pura do Direito, trad. port. de J.B. Machado, Coimbra, Armênio Amado, 1976, 4a ed., pp. 74 e ss. e 267 e ss. V., tb., N. Bobbio, Teoria do Ordenamento Jurídico, Brasília, UNB-Polis, 1989, pp. 37 e ss, o qual afirma: "Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado "ordenamento " (p. 49). No mesmo sentido, T. Ascarelli, Norma giuridica e realtà sociale, in Problemi giuridici, I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 71 ; P. Perlingieri, Tendenze e metodi della civilistica italiana, Napoli, ESI, 1979, pp. 58 e ss.
- (19) H. Kelsen, ob. cit., pp. 285 e ss.
- (20) H. Kelsen, ob. cit., pp. 277 e ss.
- (21) H. Kelsen, ob. cit., p. 298.
- (22) No mesmo sentido, F. Amaral, Direito Civil Brasileiro. Introdução, Rio de Janeiro, Forense, 1990, p. 150, o qual afirma: "Superan

do a clássica dicotomia direito público-direito privado, os princípios fundamentais do direito privado deslocam-se para os textos constitucionais".

- (23) N. Irti, Il ritorno ad Itaca, in Rassegna di diritto civile, 1986, pp. 851 e ss.
- (24) Diritto pubblico e diritto privato, in Enciclopedia del diritto, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 697, que justifica sua posição advertindo que na Alemanha, sob o regime nacional-socialista, a distinção foi completamente negada, reduzindo-se o Direito à medida da Gemeinschaft, isto é, tudo sob o signo do direito público.
- (25) Não se pode negar a existência de raízes culturais e de referências legislativas que tratam, ainda hoje, inteiras matérias em conformidade com a distinção direito público-direito privado. Todavia, não parecem mais aceitáveis, considerando a unidade do ordenamento, nem a validade da summa divisio, nem os critérios clássicos de diferenciação.
- (26) Não são poucos os doutrinadores que se refe-

rem à "privatização" do direito público em virtude da freqüente utilização das técnicas e instrumentos do direito privado no setor público. V., em propósito, Galgano, Pubblico e privato nell'organizzazione giuridica, in Contratto e impresa, Padova, Cedam, 1985, p. 358. Exemplo desta tendência se pode notar nas políticas de incentivo, onde os objetivos públicos são alcançados através de contratos de financiamento subsidiados, com a destinação do empréstimo estabelecida por lei. Seja consentido remeter, ao propósito, à nossa tese Il problema della natura giuridica del mutuo di scopo legale, Università di Camerino 1985, passim. Sobre tal questão, v. tb. P. Pollice, Soggetto privato e ausilio finanziario pubblico, Napoli, Jovene, 1984, pp. 72 e ss.

(27)

Do que se deduz que nem mesmo no âmbito do contrato e no da propriedade, considerados pontos cardiais do individualismo, se reconhece a presença do direito civil "puro", no sentido da concepção decorrente da revolução francesa.

- (28) P. Perlingieri, Il diritto civile nella legalità costituzionale, Napoli, ESI, 1985, p. 124.
- (29) Assim J. Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Ed. Rev. Tribunais, 1989, 5ª ed., p. 108.
- (30) O art. 174 C.F., ainda que considere o planejamento, isto é, a programação, puramente "indicativo para o setor privado", dispõe que o Estado é "o agente normativo e regulador da atividade econômica".
- (31) Mesmo entre os juristas conservadores, defensores da proteção à esfera privada, reconhece-se a imprescindibilidade da política intervencionista. V., em propósito, Santoro-Passarelli, Variazioni sul contratto, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1970, p. 8, o qual afirma que a constatação da impossibilidade prática de realizar os pressupostos para um correto funcionamento da economia de mercado e dos elevados custos econômicos e sociais de um sistema no qual a concorrência é, em boa parte, fictícia devido ao pre

- domínio das concentrações e coalizões monopolistas, induziu a reconhecer a exigência da participação do Estado na determinação e realização dos interesses econômicos, com um novo e diverso controle sobre o instrumento contratual.
- (32) C. Donisi, Verso la "depatrimonializzazione" del diritto privato, in Rassegna di diritto civile, 1980, p. 680 e ss.
- (33) P. Perlingieri, Tendenze e metodi, cit. p.106.
- (34) A nota J. Afonso da Silva, Curso, cit., p.107, que o princípio da legalidade é um princípio basilar do Estado Democrático de Direito: "É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais" (grifou-se).

- (35) L.R.Barroso, O Direito Constitucional e a Efe-  
tividade de suas Normas, Rio de Janeiro, Reno-  
var, 1990, p. 70, que denomina tal situação de  
"paradoxal equivocidade".
- (36) L.R. Barroso, ob. cit., p. 71.
- (37) L.R. Barroso, ob. cit., pp. 69-70.
- (38) Cf. L.R.Barroso, ob. cit., p. 72 o qual, tra-  
tando das causas da falta de efetividade crôni-  
ca das normas constitucionais no Direito Bra-  
sileiro, analisa a questão das normas consti-  
tucionais materialmente inexecutáveis e afirma  
que, nesses casos, o intérprete tende a negar  
seu caráter vinculativo, distorcendo o teor  
de juridicidade da norma constitucional: "No  
âmbito do direito civil esse aspecto já foi  
amplamente elaborado e se encontra positivado  
em texto legal". O Autor aponta os arts. 116  
e 1091 do CCB.
- (39) K. Hesse, A força Normativa da Constituição,  
trad. de G. Mendes, Porto Alegre, Sergio Fa-  
bris, 1991; P. Perlingieri, Il diritto civile,  
cit., p. 58 e ss.. No Brasil, J. Afonso da

- Silva, Aplicabilidade das Normas Constitucio-  
nais, São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1982;  
L.R. Barroso, O Direito Constitucional, cit.,  
passim e já Francisco Campos, Direito Consti-  
tucional e Ruy Barbosa, Comentários à Consti-  
tuição Federal Brasileira, vol. 2, citados por  
L.R. Barroso, ob. cit., p. 71, nota 13.
- (40) Cf. G. Tarello, Sullo stato dell'organizzazio-  
ne giuridica, Bologna, Zanichelli, 1979, p., 6.
- (41) Assim, P. Perlingieri, Tendenze e metodi, cit.,  
p.107.
- (42) É ainda a perspectiva da doutrina tradicional,  
que pretende, assim, conservar "íntegro", is-  
to é, sem alterações o corpo do direito civil.
- (43) R.Nicolò, Diritto civile in Enciclopedia del  
diritto, XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 908 :  
"il civilista moderno dovrebbe rendersi conto  
del significato che, per definire l'oggetto  
della sua conoscenza, hanno le norme costituzio-  
nali che intendono garantire, sul piano  
costituzionale, istituti, situazioni e rapporti  
che riguardano i soggetti privati".

- (44) Para a perspectiva da aplicação direta da Constituição italiana de 1948 às relações privadas, v., por todos, P. Perlingieri, Il diritto civile, cit., passim.
- (45) Atente-se para a redação, que revela o teor imperativo da norma.
- (46) P.L. Neto Lôbo, A Repersonalização das Relações de Família, in C.A. Bittar (coord), O Direito de Família e a Constituição de 1988, São Paulo, Saraiva, 1989, pp. 53 e ss.
- (47) P.L. Neto Lôbo, ob. cit., p. 65.
- (48) P.L. Neto Lôbo, ob. cit., p. 66.
- (49) P.L. Neto Lôbo, ob. cit., p. 74.
- (50) G. Tepedino, A Tutela Jurídica da Filiação (Aspectos Constitucionais e Estatutários), in T. Silva Pereira (coord.), Estatuto da Criança e do Adolescente. Estudos Sócio-Jurídicos, Rio de Janeiro, Renovar, 1991, pp. 265 e ss.
- (51) G. Tepedino, ob. cit., p. 273.
- (52) G. Tepedino, ob. cit., p. 274.
- (53) R.E. nº 196, de 8/8/89, Rel. Min. Sálvio de

- Figueiredo, in RSTJ 3/1075.
- (54) TJPA. Ap. nº 1590/88, em 4/4/89, Rel. Des. Oto L. Sponholz, in Revista Forense, 306/203.
- (55) Ivi, citando Celso A. Barbi.
- (56) Assim, G. Tepedino, A Nova Propriedade, in Revista Forense 306, p. 73 e ss., o qual analisa, em refinada elaboração, o conceito da função social imposta pela Constituição à propriedade privada.
- (57) J. Afonso da Silva, Curso, cit., p. 242.
- (58) S. Rodotà, Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata, Bologna, Il mulino, 1981, passim. Propugna por uma nova visão do direito de propriedade, com o advento da Constituição, L. Roldão Freitas Gomes, O Estatuto da Propriedade Perante o Novo Ordenamento Constitucional Brasileiro, in Revista Forense 309, pp. 25 e ss.
- (59) G. Tepedino, A Nova Propriedade, cit., p. 76.
- (60) E a sugestão de P. Calamandrei, La funzione della giurisprudenza nel tempo presente, in Revista trimestrale di diritto e procedura civile, 1955, p. 273.

TRANSITO E (DES)ORDEM PÚBLICA\*

Nilo Batista\*\*

Eliane Junqueira\*\*\*

Eu cruzava o bulevar, com muita pressa, chapinhava na lama, em meio ao caos, com a morte na minha direção, de todos os lados.

Baudelaire

1. Introdução

O problema do trânsito na sociedade brasileira não pode ser reduzido às suas componentes tecnológicas e jurídicas, abandonando-se sua dimensão social e política, sob o risco de imaginar-se que um cinto de segurança, um sinal luminoso ou uma lei - ou, mesmo, um cinto de segurança, um sinal luminoso e uma lei - alcancem

---

\* Comunicação apresentada ao Fórum Internacional sobre Segurança de Trânsito no Brasil.

\*\* Vice-Governador do Estado do Rio de Janeiro, Secretário Estadual de Justiça e Secretário de Estado de Polícia Civil.

\*\*\* Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio e Coordenadora de Extensão do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

eliminar ou, pelo menos, minorar significativamente a insegurança que caracteriza nossas ruas.

O pedestre brasileiro reedita, na virada do século XXI, o drama do homem na rua baudelaireano que enfrentava, ao final do período oitocentista, o caos da modernidade urbana sob a égide de um liberalismo que o obrigava a lutar, solitariamente, contra "um conglomerado de massa e energia, pesadas, velozes e mortíferas" (1), que impunha sem freio seu ritmo desprovido de qualquer racionalidade.

Se, no projeto de Le Corbusier para o século XX, a superação do homem na (caótica) rua moderna (na qual "uma vez cruzada a soleira da porta podia ser morto pelos carros que passavam") (2) dar-se-ia por sua transformação no homem no carro (para o qual deveria ser construída uma nova rua "bem equipada como uma fábrica moderna" (3), apta a substituir o caos da modernidade liberal por uma ordem que, imposta e garantida pelo Estado, seria construída de acordo com o ritmo do próprio tráfego), no processo brasileiro não se verifica essa substituição da lógica - ou da falta de lógica - do caos pela fábrica normatizada, que também funciona a partir de um ritmo pré-estabelecido, o ritmo da



esteira de produção. Ao contrário, aqui as etapas não são transpostas, o caos não é superado pela intervenção de uma ordem estatal e, em verdade, coexistem a juridicidade e a moral privadas com a juridicidade e a moral pública, em uma convivência não conflituosa porque disputando espaços diferenciados, o espaço das práticas sociais e o espaço da lei formal.

Neste sentido, é imperioso o reconhecimento do caráter institucionalizado de nosso projeto de modernização que, implantado a partir de uma concepção liberal formal ainda não superada, auxilia a compreensão do permanente conflito entre a rua-guilda e a rua-fábrica. Em outros termos, o processo de passagem para o mundo industrial moderno e a opção pela locomoção sobre quatro rodas conduzida por um Estado pensado como "mais moderno que a sociedade" (4) implica a implantação de uma "modernidade" que, imposta de cima para baixo, refere-se apenas ao universo da ordem formal e ao aggiornamento econômico-social (5).

Desta maneira, o caráter prussiano da "modernidade" brasileira retira toda a possibilidade de eficácia de qualquer tentativa de disciplinarização do espaço da rua. Aqui, os sinais luminosos - ao contrário da

experiência norte-americana, que inicia com a sinalização a ingerência do Estado no controle do caos urbano (6) - podem até ser instalados, sem implicar uma transformação substantiva na lógica liberal vigente, que rejeita a intervenção estatal e incentiva a construção de uma multiplicidade de ordens sociais fundamentadas nas moralidades privadas. Diante dessa (des)ordem social caleidoscópica, o homem na rua, mesmo com sinais luminosos, continuará a enfrentar, solitariamente, as máquinas "pesadas, velozes e mortíferas", seguro apenas de que a disciplina imposta pelo Estado não encontra eco em nenhum dos atores que se degladiam no espaço público da rua, um espaço sem dono, sem lei e sem ordem.

## 2. O homem no carro mata

Se "uma sociedade se revela tanto pelo que preza como sagrado e fundamental para o seu bem estar, quanto pelo que tem e despreza como pecado, crime e violência" (7), é então indicativo do padrão de moralidade da sociedade brasileira a não percepção do trânsito como uma das expressões mais importantes da insegurança cotidiana.

Aqui, o lugar do trânsito vem sendo recor

rentemente ocupado no imaginário coletivo do medo por outras formas de criminalidade quantitativamente menos significantes em um processo de (re)definição do pecado, do crime e da violência fundamentado mais no estereótipo do agente delinquente do que no dano socialmente produzido. Neste sentido, é significativo que, apesar da expressão quantitativa dos crimes contra a pessoa decorrentes de acidentes de trânsito - homicídios e lesões corporais - estes delitos não sejam representados - ou o sejam de maneira bastante tênue - como indicadores do grau de violência de nossa sociedade, e seus autores não sejam representados - ou só ocasionalmente o sejam - como delinquentes perigosos.

Os funcionários do sistema penal incorporam essas representações e se comportam de acordo com elas. Como observou Willet, a tolerância surpreendente se considerados os danos por ele produzidos, apenas reflete uma atitude pública (8). Também os juízes, advogados e promotores de justiça tendem a identificar-se socialmente com o homem no carro, e não com o homem da rua; eles, suas famílias e seus amigos estão muito mais ligados às pessoas que dirigem - eles próprios são homens do carro - do que às pessoas que não dirigem; e é ilusório supor

que essa componente não integre o processo decisório judicial.

O fato é que a morte no trânsito não é sinônimo de pecado, crime e violência, e isto revela o descompasso existente entre a ordem formal e as práticas sociais. Este descompasso se beneficia, de um lado, da própria lógica seletiva do sistema penal, que privilegia a criminalização de pobres marginalizados (o mendigo na auto-via é um infrator que pode ser impunemente executado); de outro lado, a "atmosfera social sombria", o "clima de desorientação e ansiedade" produzidos pela grande frustração do processo de redemocratização brasileiro accentuaram, como assinala Jurandir Freire Costa, a perda do "sentido de responsabilização e pertinência sociais, por si já precários nas sociedades burguesas subdesenvolvidas" (9). O fato é que o motorista brasileiro fere e mata impunemente, sob as vistas complacentes das autoridades, "desde as de colarinho branco e gravata até as de farda" (10).

O quadro I, relativo à região metropolitana do Rio de Janeiro (11) no período de 1982-1986, demonstra com nitidez a relação entre mortes associadas a homicídios dolosos (MD's), mortes associadas ao trânsito

(MT's) e mortes associadas a roubos (MR's), desnudando uma realidade que a sociedade brasileira insiste em ignorar. Conforme os números revelam, excluindo-se os homicídios dolosos - episódios de conflitos interindividuais ou de extermínio - se o pobre mata para roubar, o rico mata muito mais no trânsito - aproximadamente 13 vezes mais -, porém mata sem alarme, sem comoção social, sem gerar insegurança. Mata veladamente, de forma a não permitir a construção do estereótipo do criminoso sobre a figura do motorista. Em verdade, ainda que contradizendo os dados - que se repetem, na mesma proporção, para as demais regiões metropolitanas -, o arquétipo do delinquente não é o homem no carro, mas o homem na rua com uma arma.

QUADRO I

ANO	1982		1983		1984		1985		1986	
	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%	nº	%
MD's	2266	59,36	2717	63,98	3543	68,23	3958	71,00	4202	70,95
MT's	1447	37,92	1398	32,92	1488	28,65	1477	26,49	1604	27,08
MR's	102	2,67	131	3,08	161	3,10	139	2,49	116	1,95
TM	3815	100,0	4246	100,0	5192	100,0	5574	100,0	5922	100,0

O índice da criminalidade no trânsito no Brasil, no particular e ponderável aspecto da taxa de letalidade (vítimas fatais) dos acidentes (cf. quadro II: fonte, DENATRAN), adquire ainda maior dramaticidade se comparado aos índices dos países centrais, tomando-se como exemplos os Estados Unidos (3,20%), o Japão (2,90%) e a Inglaterra (3,40%).

QUADRO II

ANO	VEÍCULOS (mil)	ACIDENTES DE TRANSITO COM VÍTIMAS			VÍTIMAS FATAIS POR CONJUNTO DE 10.000 VEÍCULOS
		Número total	Número de feridos	Número de mortos	
1981	11.604	179.764	243.001	19.762	17,03
1982	11.822	211.555	285.619	20.291	17,16
1983	12.688	206.240	293.398	20.210	15,93
1984	12.789	225.123	299.488	21.010	16,43
1985	13.265	249.090	326.769	22.016	16,60
1986	13.720	308.687	399.404	27.306	19,90

Considerando que o Brasil teve, em 1986, 27.306 mortos no trânsito, o Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN) calculou que, se tivéssemos apresentado a mesma taxa de letalidade dos EUA (3,20%), nosso total de mortes teria sido reduzido para 4.390 pessoas.

Em outros termos, este total seria o resultado de um tráfego disciplinado, enquanto que a diferença entre estes dois dados - nada menos que 22.916 mortes - explicita o estado de selvageria vigente em nossas ruas.

E, repetindo o caos moderno baudelaireano, o trânsito mata principalmente - e cada vez mais - o homem da rua, o pedestre solitário e indefeso que, frente à imprevisibilidade dos carros, "precisa adaptar-se aos movimentos do caos, precisa aprender não apenas a pôr-se a salvo dele, mas a estar sempre um passo adiante" (12), agregando, ao já caleidoscópico espaço da rua, mais uma ordem privada construída também sobre uma lógica particular.

Mas, verdadeiramente e mais dramático é a certeza - revelada pelos números (cf. o quadro III: fonte, DENATRAN) que apontam o crescimento contínuo dos acidentes de trânsito no país (13) - de que empreendemos, ao contrário das demais sociedades, o percurso inverso, cada vez mais próximos da barbárie e distanciadas da civilidade.

### QUADRO III

#### Evolução dos Atropelamentos - Brasil

ANO	NÚMERO DE ATROPELAMENTO	PERCENTUAL
1981	79.207	100
1982	83.199	105
1983	80.332	101
1984	87.836	111
1985	94.119	119

### 3. Os olhos vendados da Justiça

Ao direito administrativo certamente corresponde um papel central no esforço para a transformação desse quadro. Somente ele teria condições de exercer eficazmente certas linhas preventivas de atuação, como, por exemplo, chamando à prestação de novos exames ou mesmo cassando administrativamente a habilitação do condu

tor que incidisse em um certo número de infrações, dentro de determinado período. Tal modelo - empregado na República Federal da Alemanha - pressupõe a informatização dos registros de infrações cometidas, e, entre nós, uma completa mudança nos órgãos reguladores do trânsito, cuja tradição oscila entre a incompetência e a corrupção. A suspensão da habilitação para dirigir (sem que se tenha de esperar por uma decisão definitiva, judicial ou mesmo administrativa, de cassação) é medida que só a autoridade administrativa pode impor com a agilidade e presteza necessárias. Na França, ela é cabível para um amplíssimo espectro de ilícitos, desde os delitos de fuga e recusa de inspeção (desconhecidos entre nós) até simples infrações às regras concernentes às condições administrativas de circulação dos veículos (14).

Porém ao direito penal e processual penal tocaria uma função não menos importante. Para cumprí-la, contudo, seria mister que o sistema penal não apenas se modernizasse, mas antes disso se democratizasse, perdendo as características de seletividade, repressividade e estigmatização que caracterizam seu desempenho nas sociedades de classe em geral e na América Latina em particular (15). O histórico deficit político do sistema penal

foge aos objetivos desta comunicação, e sobre ele não nos deteremos.

Por certo, na concepção deste direito penal para a circulação viária, devemos fugir à tentação de alterar a natureza real de suas infrações. Impedidos por obstáculos ideológico-classistas de compreender os delitos culposos cometidos no trânsito como mala in se, teóricos pretenderam convertê-los em delitos dolosos, usando deformadamente a categoria do dolo eventual. Tal intento, que se apresentou como projeto de lei à Câmara dos Deputados (16), exprime também, de certa forma, o sentimento das deficiências de nossa legislação penal sobre trânsito. Corretamente, João Marcello de Araújo Jr. entende que tal legislação só deve tratar do homicídio e das lesões corporais culposamente cometidos (17).

Examinemos alguns tópicos importantes para que a Justiça penal pudesse eficazmente contribuir para a grave questão do trânsito.

#### a) Novos (velhos) delitos.

A justiça penal se ocupa do trânsito basicamente a propósito dos crimes culposos de homicídio e lesões corporais (artigos 121, § 3º, e 129, § 6º CP) e das contravenções de falta de habilitação para conduzir

veículos e direção perigosa (artigos 32 e 34 LCP). A tais infrações corresponde uma escala penal cujo patamar mínimo é adequadamente baixo, mas cujo patamar máximo é escandalosamente insuficiente (por exemplo, a pena máxima possível para uma lesão corporal culposa, agravada pela fuga, cometida por reincidente com todas as circunstâncias desfavoráveis é detenção por um ano e quatro meses (art. 129, § 7º CP). A falta de habilitação é punida em qualquer hipótese tão só com a multa. A direção perigosa, que necessariamente "põe em perigo a segurança alheia", é punida com prisão simples de quinze dias a três meses ou multa.

Em primeiro lugar, é preciso tipificar novos delitos - em verdade, velhos. A fuga não pode permanecer como simples causa especial de agravação da pena do autor de homicídio ou lesão corporal culposa, devendo constituir, como ocorre em outros países, delito autônomo. Também a recusa da inspeção, ou que melhor nomen se possa atribuir ao refus d'obtempérer (18), deve constituir uma infração. E a embriaguez ao volante, independentemente da produção de qualquer outro resultado de dano ou de perigo, deve igualmente constituir uma infração: esta última merecerá observações especiais, a seguir. A viola

ção de regra de trânsito - inclusive ou especialmente o excesso de velocidade - geradora de perigo concreto enseja por fim a construção de uma importante figura penal (que constava do projeto Hungria).

Em segundo lugar, impõe-se a revisão das escalas penais, para a devida correspondência com a danosidade social de tais condutas.

b) Embriaguez ao volante.

A mais preocupante característica do condutor ébrio assinalada pela criminologia descritiva é a reincidência. Middendorff, além de sua própria, menciona pesquisas de Schumann, Händel, Langer e Krüger, realizadas sobre grupos de infratores embriagados, que encontraram antecedentes penais nas elevadíssimas taxas de 51,20%, 51,33%, 72% (!), 46,7% e 47,56%. Observa Middendorff, considerando que tais taxas estão acima do percentual de reincidentes da criminalidade comum, que "se antes se defendia a opinião de que o condutor ébrio era um "cavalheiro", a experiência criminológica responde que ele se assemelha mais a um criminoso" (19).

Por isso mesmo, é insuficiente a criminalização da conduta de embriaguez ao volante, sendo funda -

mental um programa de reabilitação para tais infratores. Não sem razão, tal programa de reabilitação foi considerado no Estado da Virgínia a "chave da credibilidade" da ação governamental nessa área (20). Ao mesmo tempo, um férreo sistema de interdições para dirigir deve ser usado para esses casos.

A grave questão de embriaguez ao volante, que há vinte anos inquieta e desafia a administração pública de diversos países (21), merece entre nós urgente e compreensivo tratamento, com a intervenção penal e a ação reabilitadora para a qual se poderia pretender a colaboração de entidades comunitárias.

c) Responsabilidade de terceiros não-condutores.

Na criação de novos delitos, não se pode esquecer a responsabilidade penal de terceiros não-condutores, e aí temos algo a aprender com o direito espanhol. Em 1967, foi alterado o código penal espanhol no que concerne aos chamados delitos contra a segurança do tráfico (22), e o artigo 340 bis b passou a punir com prisão quem colocasse na via pública "obstáculos imprevisibles", ou nela derramasse substância deslizantes ou

ou inflamáveis, ou mudasse ou danificasse a sinalização.

Sucede que a letalidade dos acidentes que envolvem colisão contra obstáculo é muito superior, aos demais. Em 1971, houve na Espanha 3.621 acidentes mortais, com 4.247 mortos: isso significa um percentual de 117% mortes por acidente. Daqueles acidentes mortais, 56 se deveram a choque contra obstáculos, e produziram 155 mortos, o que representa um percentual de 278,5% mortes por acidente (23).

Impõe-se criminalizar a conduta de terceiros que causa ou pode causar o acidente. Pensa-se na ação predatória que é exercida impunemente, a despeito de raquítica de previsão contravencional (24), contra os sinais estatigráficos em nossas ruas e estradas.

A responsabilidade penal de fabricantes que não observem prescrições obrigatórias quanto à segurança dos veículos, emanadas do órgão público competente, é também matéria-prima para novo tipo penal.

Deve-se pensar-se também, no caso brasileiro e diante da turva tradição de nossas repartições públicas do trânsito, em delitos especiais de funcionários porventura não subsumíveis nas previsões do Código Penal.

d) A vítima.

A vítima, esse grande esquecido do episódio judiciário-criminal, tem no acidente de trânsito peculiaridades a serem examinadas. Em primeiro lugar, a possibilidade econômica de reparação do dano pela responsabilidade civil do condutor (ou da pessoa jurídica de quem seja ele preposto) é aqui elevadíssima, ao contrário, por exemplo, das vítimas de assalto. Portanto, deve-se abandonar, aqui, a idéia moderna da organização estatal de um fundo para a indenização da vítima (25). A admissão, reformada a legislação, da parte civil, faria com que a sentença condenatória criminal já estabelecesse a indenização.

Por outro lado, a vítima-colaboradora deve ser observada através dos aportes recentes da vitimologia.

e) O processo.

A adoção do procedimento sumário das contravenções penais para os crimes do trânsito (lei nº 4.611, de 2.abr.65) revelou-se, sem trocadilho, um verdadeiro desastre, além de ter o sabor de uma comparação

processual da morte com a vadiagem, da paralisia com o jogo do bicho, da deformidade permanente com a crueldade contra animais.

O poder de disposição do fatodo procedimento, ao invés de concentrar-se nas mãos da vítima, concentrou-se nas mãos da polícia (na teoria, pertence ele ao Ministério Público). É fundamental que se conceba um órgão judicial próximo do acidente, acionável rapidamente, e que disponha dos serviços técnicos que lhe permitam decidir bem quantitativa e qualitativamente. Devemos pensar em um sério sistema de diversion para as infrações mais leves, e em sanções reais e imediatas para a reincidência e as infrações graves. Devemos garantir a plenude da defesa e um regime de recursos, mas o julgamento tem que ser breve e inexorável.

Entre os inúmeros projetos de lei disponíveis para oferecer uma ossatura e essas idéias (26), merece destaque aquele elaborado por comissão da qual foi relator Heleno Fragoso para a Ordem dos Advogados do Brasil, em 1973. Tal projeto, retomado e desenvolvido, certamente poderia criar os instrumentos jurídicos que interrompessem a modorra com a qual os olhos vendados da Justiça não percebem a tragédia do trânsito no Brasil. (27)



#### 4. Conclusão

A gravidade dos acidentes de trânsito no Brasil resulta não apenas da deficiência da sinalização, da falta de preparo de nossos motoristas, do obsoletismo técnico de nossos veículos ou da indiferença de nossa Justiça, mas principalmente de ser o trânsito

"um espelho em que se refletem, sem retoques nem fraseologias, pelo menos dois sintomas claríssimos do caráter não democrático de nossa cultura: o desrespeito generalizado às regras sociais e o desprezo dos de cima de baixo" (28).

Dessa maneira, assiste-se na sociedade brasileira a uma sistemática crise de autoridade, ou seja, a uma "falta de respeito pelas regras mais elementares da integração social" (29), que permite compreender a aparente contradição da coexistência do melhor sistema de sinalização da América Latina com os mais altos índices de atropelamento, pois de nada valem os sinais se "poucos respeitam esta tão perfeita sinalização" (30).

Por outro lado, o trânsito reedita o mandado social brasileiro através de uma hierarquia que cria outros parâmetros de diferenciação, fundamentados

não em padrões sócio-econômicos, mas na distância que se estabelece entre o homem no carro e o homem na rua. Em outros termos, não importa sua inserção social, o motorista é no trânsito o elemento "de cima", enquanto que o homem na rua é o povo - o elemento "de baixo".

Neste sentido, torna-se urgente um processo que alcance transformar as relações nas ruas brasileiras, substituindo o autoritarismo - manifesto nesta hierarquia social e na legislação da ditadura (31) - pela autoridade, dentro da idéia de que de é também construída pela coação legal pregada.

Torna-se urgente a transformação das relações entre motoristas e pedestres em cidadãos, a fim de que a rua seja um espaço público que não seja apropriado individualmente de acordo com os interesses de nossa moral privada, o que só conduz ao estado de uma "guerra de todos contra todos"; um sistema penal eficaz e igualitário ministraria uma contribuição importante neste sentido (32).

N O T A S

- (1) MARSHALL, Bermann. Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade. São Paulo, 1988, p. 160.
- (2) id. *ibid.*, p. 160.
- (3) id. *ibid.*, p. 161.
- (4) VIANNA, Luiz Werneck. "O moderno na política brasileira". Presença, n. 5, jan. 85, p. 97.
- (5) CARVALHO, Maria Alice Rezende de. "Letras, sociedade & política: imagens do Rio de Janeiro". BIB, n. 20, p. 7.
- (6) MARSHALL, Bermann. *Op. cit.*, p. 154.
- (7) DA MATTA, Roberto. "As raízes da violência no Brasil: reflexões de um antropólogo social". PAOLI, Maria Célia et alii. A violência brasileira. São Paulo, Brasiliense, 1982, p. 15.
- (8) "In this tolerance - and it is a surprising tolerance considering the nuisance that the motoring offender causes them - the police only reflect the public attitude" - T.C. WILLET. Criminal on the Road. Londres, S. Sc. Paperback, 1971.

- (9) "Narcisismo em Tempos Modernos". Percursos na História da Psicanálise. Rio de Janeiro, Taurus, 1988, p. 166.
- (10) MORAES, João Quartim de. "A Dificuldade de ser Democrata - on the road". 6, out. 85, p. 58.
- (11) Foram considerados os municípios de Janeiro, Duque de Caxias, Nilópolis, São João do Meriti, Cambi, Niterói, São Borá e Maricá. Essa era a área do Departamento de Polícia Civil, dos recolhidos no Quadro I.
- (12) MARSHALL, Bermann. *Op. cit.*, p. 154.
- (13) Segundo o DENATRAN, os acidentes de trânsito com vítimas cresceram 72% em 1986 em relação ao ano de 1981.
- (14) Cf. ROUMILHAC, Jean-Claude, Les Responsabilités de la Route, Paris, LITEC, 1978, p. 39.
- (15) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina - Informe Final, B. Aires, Depalma, 1986.

- (16) Cf. SZNICK, Valdir. Acidentes de Trânsito. Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 43, O projeto (nº 4.080/62) estabelecia que se considerasse doloso "o acidente de trânsito sempre que o motorista estivesse alcoolizado".
- (17) Delitos de Trânsito, Rio de Janeiro, 1981, p. 124.
- (18) "Recusa de inspeção" é preferível a um inaceitável "recusa de submissão" ou um complicador "recusa de obediência". O artigo L. 4 do Code de la route pune com prisão de dez dias a 3 meses e/ou multa de 500 a 3000 francos o condutor que conscientemente não se submete a uma ordem de parar proveniente de um funcionário de trânsito "muni des insignes extérieures et apparents de sa qualité" ou se esquivava às verificações prescritas sobre o veículo ou o próprio condutor.
- (19) MIDDENDORFF, Wolf. Estudios sobre la Delincuencia en el Trafico. Madri, E.-Calpe, 1976, pp. 75-76.
- (20) LANDSTREET, Barent F. The Drinking Driver, Springfield, Ch. C. Thomas, 1977, p. 63.

- (21) Sobre problemas técnicos e diagnóstico da embriaguez, cf. WALLS, H. J. e BROWNLIE, A. R., Drink, Drugs and Driving, Londres, Sweet & Maxwell, 1970. Sobre o tratamento que, no início dos anos setenta, inúmeros países deferiam ao assunto, cf. ZANALDI, Luciano, Alcool e Traffico Stradale, Milão, Giuffrè, 1972, pp. 65 ss.
- (22) Lei nº 3/1967, de 8 de abril.
- (23) BALLESTER, E. Beltrán, Las Obstaculizaciones al Tráfico, no volume Delitos contra la Seguridad del Tráfico y su Prevención, Valencia, Un. de Valencia, 1975, p. 15.
- (24) A destruição ou remoção de "veículo de serviço público" configura entre nós uma contravenção penal jamais punida (artigo 36, parágrafo único LCP).
- (25) Sobre o assunto, cf. BATISTA, Nilo, Justiça para as Vítimas, no volume Temas de Direito Penal, Rio, L. Juris, 1984, pp. 196 ss.
- (26) Veja-se a relação de tais projetos e sua crítica em ARAÚJO JR., João Marcello. Op. cit., pp. 33 ss.

- (27) Cf. ARAÚJO JR., João Marcello. Op. cit., pp. 168 ss.
- (28) MORAES, João Quartim de. Op. cit., p. 56.
- (29) Id. ibid, p. 60.
- (30) Id. ibid, p. 63.
- (31) O Código Nacional de Trânsito torna obrigatória a participação de um representante do Estado-Maior do Exército no Conselho Nacional de Trânsito e de um oficial do Exército, de preferência com curso do Estado-Maior, nos Conselhos Estaduais de Trânsito.
- (32) Von LISZT via no direito penal algo que podia impedir essa guerra: Tratado de Direito Penal Alemão, Rio de Janeiro, F. Briguiet, 1899, v. I, p. 95.

A CIENCIA JURÍDICA E SEUS DOIS MARIDOS\*

Regista Coeli Lisboa Soares\*\*

1. DESINTOXICAÇÃO

Que não se iluda  
o descrente  
com a fragilidade científica  
de tal conjunto:  
Cortázar/Kelsen  
Barthes/Clarice  
Jorge Amado/Lefort  
compõem o núcleo  
da obra aberta.

Eros e Thanatos  
sentir e poder  
ter e dividir

Desejo podado  
o cotidiano cabe  
na pedra  
e se estabiliza  
na prática centralizada  
nas verdades absolutas  
nos mitos

\* Uma reflexão sobre a obra de Luiz Alberto Warat.

\*\* Professora do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

nas lendas  
e se cristaliza  
na ciência  
no geral  
na dominação

Dona Flor  
ambivalente  
Dona Flor  
viva  
Dona Flor  
dupla.

Indomável.

Dona Flor  
sonho e realidade  
escolha e escolhida

(o que com ela aprenderia Capitu?)

Resistir.  
Abalar  
o estereótipo  
reconhecer  
o duplo

discurso democrático  
tecido  
no todo dia  
discurso de riscos  
na diferença

trabalhar  
sem tutela  
trabalhar  
sem sistema  
na sedução  
não há verdades  
nem ritos  
nem monopólios

o mágico encanta  
os coelhos saltam  
a platéia se abraça

o jurista mágico  
saca suas ilusões  
além da norma fundamental

O senso comum teórico  
controla a produção do saber  
e Warat, lúcido,  
aponta "o filicídio das verdades  
e o parricídio simultâneo  
dos segredos".

nas lendas  
e se cristaliza  
na ciência  
no geral  
na dominação

não há  
há consenso  
não há conflitos  
há unidade  
não há conflitos  
há desvios  
não há conflitos  
há ordem  
não há conflito  
há lei.

O homem uno  
polícia  
seus modelos  
apropria-se deles  
institucionaliza-os  
cria normas

191.

proíbe  
transgredir  
e cria normas  
para a transgressão  
o homem produz,  
incorpora  
mantém  
presta contas.  
dentro da norma  
a razão em si  
dentro do proibido  
o bem  
no espaço  
o pronto  
no tempo  
a falta de história

A lei tem o seu mundo  
asséptico  
inodoro  
a lei é séria.

A lei dá ao homem  
sua bússola  
e só o que lhe pede  
é submissão

o preceito  
preceitua  
a norma  
normatiza

a lei  
estabelece  
o homem cumpre  
erudito, o homem certifica-se  
do saber  
dos outros  
correto, o homem vangloria-se  
justo, o homem reprime

o advogado eficiente  
máquina  
o magistrado neutro  
sacerdote  
a lei, círculo  
fechado  
puro  
morto

a lei é precisa  
imperativa  
geral  
racional.

razão universal  
força estruturadora  
da identidade  
da natureza humana

não há história  
não há movimento  
tudo está feito

ou se faz  
dentro do feito

O que não existe juridicamente  
não existe  
— é tão simples...

o jurídico  
hierarquiza  
normas  
relações  
palavras  
que transformam metáf  
em verdades científicas

nada  
a int  
é fal  
para

( at perigo! )

a cultura é o emblema  
a acumulação do saber  
jamais transborda  
os limites impostos  
formam o mundo homogêneo  
— unidade na unidade.

## 3. ADESTRAMENTO

A aprendizagem

mecânica

o professor

sábio

o aluno

vêu sobre vêu

verdade / ensino

saber, poder, técnica

exercício do poder

sujeito do dever

( essências, teorias gerais )

lá se vai o sangue

no processo jurídico

( empalhamento )

dever e método

método do dever

devir do método

realidade aleijada

pela autoridade da ciência

ciência x cotidiano

quem se lembra

desembaraçando-se na ânsia

de tantas tarefas?

conceitos

imutáveis

incorporam-se

ao dia-a-dia

a lei impõe

o correto

a lei regula

a única forma de ser.

só se vive de acordo com a lei.

o homem justo

faz da ordem da lei

sua lei e sua ordem

abstrata

a lei garante

indivíduos

razão

geral

o homem é uno

pesadelo na vigília

do homem probo

a falta do leme

da verdade

dissolver

desvitalizar

centralizar

proibir

punir

diluir

satisfeitos

com o castigo



querem mais delitos  
querem mais culpados  
querem o rótulo  
do rótulo

hipnótica burocracia  
autoritário enredo  
de uma peça pronta  
desde sempre.

#### 4. REAÇÃO

Na Ciência Jurídica de Warat  
o culto se esfuma  
impõe-se um território de ambiguidade  
o fragmento é o único leme  
o desejo é a única bússola

a semiologia do poder  
é semiologia do desvio  
é construção coletiva  
é arrepio dos sentidos

a carnavalização da linguagem  
instiga a ordem autoritária  
a ordem simbólica democrática  
demole critérios  
determinados  
neutros  
coerentes.

a carnavalização  
fragmenta  
a ordem autoritária  
e suas verdades consagradas.

a marginália  
insubmissa  
resiste

inesperada  
criativa  
vai a carnavalização  
desmistificando o medo.

Ganho e perda  
sonho e realidade  
coexistência  
afeto  
abrigo  
jogo  
paixão de aprender  
livre  
vadio  
rindo da ciência  
do mofo  
do tédio  
— fazendo ciência?

carne  
sonho  
semente  
sangue

espaço coletivo  
 marginal  
 contramão do sistema  
 soberania sem posse  
 presença

sacudir a estética  
 estática  
 jogar o jogo  
 febril  
 do encontro

Direito  
 espaço livre  
 da diferença

##### 5. PONTO DE PARTIDA

Vida / palco  
 tato / teto  
 contacto  
 de amor  
 reino do riso

mudar  
 enfrentar  
 ressurgir dos mortos  
 na emergência

Ordem e Progresso  
 bandeira que encerra  
 o país do carnaval

crítica  
 do mundo  
 crítica  
 no mundo  
 construção  
 comprometida  
 utópico despertar  
 do homem

ciência satisfeita  
 símbolo da frigidez  
 no país tropical

ressaca de coragem  
 — nada cívica  
 ressaca de festa  
 — nada hierárquica  
 estrelato do momento  
 música  
 luzes  
 e o céu, apenas

durar ou arder?

imagem em movimento  
 circo  
 loucura.  
 é preciso superar

o obsessivo monólogo  
 é preciso crescer  
 jardim imaginário  
 onde passarinhos  
 voam  
 e sempre adianta  
 esperar.

DO PAPEL DO DIREITO COMO QUESTIONADOR

DA JUSTIÇA SUBSTANCIAL

Ana Paula To \* \*

"(...) há diferença entre um pensar que se aparecer social, portanto suas imagens, e um pe ultrapassa o aparece do para o ser social rando ali a origem cer, de sorte que pensamento também da por uma diferença pela qual há ção do social ( e conhecimento da sa ber)." (1)

A Constituição de 1988 consagra, dentre outros institutos jurídicos, uma garantia que talvez seja a mais eficaz arma contra o abuso do poder estatal e o autoritarismo. Esta garantia democrática é o princípio do devido processo legal (art. 5º, inc. LIV), que pode funcionar como uma brecha, uma fenda. Um instrumento poderoso que ainda está por ser explorado em todas as suas possibilidades.

O trabalho valioso do Professor Carlos Roberto de Siqueira Castro intitulado "O Devido Processo

---

\* Aluna do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil" (2) trás um estudo completo sobre a origem, o histórico, os sentidos e incidências deste instituto, como um alerta sobre um princípio constitucional que já tem existência em nossa realidade jurídica, mas que no entanto, por desconhecimento doutrinário e jurisprudencial, não tem sido relevado à altura merecida pelos nossos juristas.

O exame do princípio do devido processo legal associado ao da razoabilidade das leis se explica a partir de uma investigação hermenêutica de seus termos. Ao se referir a razoabilidade das leis, o Professor Siqueira Castro tem em vista a lei em hipótese, em tese, ou seja, na essência de seus valores de justiça em última instância. Assim, o devido processo legal pode receber dois sentidos interpretativos. O termo "legal" poderia ter um sentido meramente processual ou, para os mais ousados, ganharia um sentido substancial.

Para a solução deste impasse o Professor Siqueira Castro faz uma análise profunda da evolução do instituto e verifica a incidência original de uma interpretação estritamente processualista do princípio estudado. No entanto, com o processo de transformação "funcional" deste instituto jurídico, passou a receber uma

interpretação mais alargada, extrapolando o mundo das formas e ganhando o status de um instrumento de controle do **MÉRITO** dos atos normativos.

Da positivação enrijecida, emparedada pela norma fundamental, estruturada sob alicerces lógicos e formais - haveria uma ponte, uma passagem, uma saída, para que, de dentro do mundo jurídico positivista se possa intercambiar uma apreciação do mérito, este conteúdo legitimador dos atos normativos.

Porém se vê apontada uma crítica aos defensores do legalismo "ilimitado" na estrutura do esqueleto das genealogias, que esta tutela de verdadeiros **DIOS** que esconde os impopulares. A validade é a formalidade, a necessária materialização da justiça, mas a necessidade de ser tanto tem sido contraditoriamente utilizada como veículo de injustiças sociais e humanas. Trata-se de um flagrante onde a criatura tenta se disfarçar de criador.

A restauração da legitimidade dos atos normativos é uma exigência popular que se ouve em cada esquina, em cada lar, em cada local de trabalho. Lê-se nos jornais diários e verifica-se em pesquisas de opinião pública. É necessário se tomar medidas de urgência

para o resgate da credibilidade na justiça - não somente a burocrática, que tem enfrentado seus impasses característicos como falta de pessoal, de espaço, bons salários, tecnologia, isso para não mencionar carências primárias como falta de material: papel, máquina de escrever, caneta, grámpeador, etc. - mas numa justiça essencial.

Não haveria uma força ou uma ordem qualquer que determinasse ao menos que meninos de rua não o são por escolha própria; que os velhos ainda são integrantes das sociedades como quaisquer outros; que política é um instrumento necessário à vida organizada em sociedade desde a experiência grega - mas definitivamente não é sinônimo de veículo promocional de imagens e produtos, de homens compráveis e vendáveis?

Talvez à ninguém devesse caber o dever de dizer o que é justo ou o que é direito. No entanto, tais sentidos de justiça não podem mais continuar sendo aporias, pois na medida que uma essência não seja palpável por ela mesma, busquemos, sim, uma formalização do justo. Precisamos de um porta-voz da justiça que não traia o vínculo legítimo que justifica a formalização de uma substância.

Os c não estão preocupados com pa-

rafernalias doutrinárias ou teóricas como todas as acepções do positivismo ou as explicações jusnaturalistas da formação do pacto social original. Deixemos estas justificações acadêmicas para o espaço da Academia. O debate científico tem seu lugar apropriado, mas é necessário conduzir investigações para soluções concretas e imediatas, este também é um papel jurídico, não menos árduo.

Sem nenhuma fundamentação teórica, os cidadãos discutem nas mesas de bar suas expectativas e frustrações com a ordem social vigente. Parece existir um sentimento comum às pessoas, que poderíamos traduzi-lo como um sentimento de justiça, natural ou social - o povo não sabe, no entanto sabe-se que este sentimento é quase palpável, quase universal.

O secular binômio legalidade/legitimidade é aqui interpretado como dois pressupostos indissociáveis. O primeiro não mais satisfaz sozinho uma sociedade civil que aspira uma democracia real. Paralela à necessidade do exame de mérito dos atos normativos, há que se verificar um exame valorativo do exercício estatal, como um todo. Isto exige, não apenas mecanismos próprios, mas conscientização para o devido uso dos me-

canismos. Uma vez que, as sociedades capitalistas contemporâneas já perderam há muito a crença ingênua nos instrumentos os quais, simplesmente pela força de sua eficácia, garantiriam o fim desejável.

Apesar do alerta à ideologia da alienação que perpassa os discursos da eficiência, tal discussão é muito distante da realidade dura e rude que mais de 90 % da população brasileira ainda vive. Esta distância que há entre a intelectualidade que questiona e responde questões e a massa analfaberta, explica o maior impasse no uso consciente dos mecanismos de participação e de mobilização social. Um processo de esclarecimento é vital ao amadurecimento popular. Um povo que não conhece seus problemas dificilmente descobrirá como combatê-los. Mas o que restaria a fazer?

O Poder Judiciário, através de todos os seus membros; os profissionais de direito; os órgãos e centros articuladores de demandas sociais que funcionam direta ou indiretamente em prol da restauração do Estado Democrático; professores universitários, formadores de uma nova geração de juristas - precisam trabalhar juntos e integrar-se urgentemente a todos os setores da sociedade civil, não apenas para reconstrução do aparelho judiciário

(que é necessário como instrumento) mas, também, para o resgate do discurso da racionalidade na experiência política brasileira contemporânea.

Sabemos que não só por ação, mas porque não dizer, que é majoritariamente por omissão que são feridos os vínculos da legitimação. Lembremos o poder do discurso (3) e do processo argumentativo como formadores de opinião e de consciências, e o poder do silêncio como agente de despolitização, desarticulação e fragmentação de forças. O autoritarismo da omissão é multiplicador de ignorância e impulsiona os cidadãos na trilha de um destino sombrio, perigoso, porque ignorado.

A veiculação de informação de todos os tipos, os meios de comunicação de massa, os fóruns de debates políticos, acadêmicos e jurídicos, podem funcionar como células que têm força de aglutinação para um corpo mais questionador, problematizante e coeso o suficiente para defender-se de qualquer violência à democracia, essa nomeada esperada há mais de vinte anos por um povo que ainda busca sua identidade sabotada desde o Brasil Colônia.

No nosso ordenamento jurídico, e mais uma

vez citamos a obra do Professor Siqueira Castro (4), é o Poder Judiciário o autorizado a declarar conclusivamente "What the law is", que o autor define bem, como a proeminência para revelar valorativamente o sentido e o alcance das leis. No entanto, a atuação do Poder Judiciário se limita por questões que não são passíveis de ingerência judicial, que são exatamente as "questões políticas". Estas, insuscetíveis de valoração jurídica não podem ficar nas mãos de uma elite governante, devem voltar ao âmbito da sociedade civil, que, uma vez organizada se veria capaz, quem sabe um dia, de resgatar a congruência perdida entre representados e representantes da Soberania.

O esqueleto do Estado de Direito não é a arbitrariedade (longe disso!), é a lógica e a racionalidade que MOTIVAM os atos jurisdicionais e administrativos. Se assim for, há que se dilatar o conceito de Direito aos limites não apenas de sua eficácia formal, mas de seu papel fundamental - que é o de efetivar a Justiça.

N O T A S

- (1) CHAUI, Marilena e outros, Ideologia e Mobilização Popular, Rio de Janeiro, Ed. Paz e Terra, 1978, Apresentação (p.15.16). O grifo é nosso.
- (2) 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.
- (3) SANTOS, Boaventura de Sousa, O Discurso e o Poder, Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris, 1988. Sobre a questão que dá título ao livro.
- (4) Idem cit.2.

SISTEMA DISTRITAL: ESTUDO COMPARATIVO DAS ESTRUTURAS

INGLESA, ALEMÃ, CANADENSE E AMERICANA \*

Antonio Maués e Marcos Moog\*\*

I - INTRODUÇÃO

Com a revisão constitucional e o plebiscito sobre sistema de governo, ambos marcados para 1993, um dos principais temas a serem rediscutidos será o dos sistemas eleitorais. Em torno desse debate articula-se o objetivo de conformar um sistema de representação mais legítimo, que efetivamente sirva de esteio ao regime democrático.

Uma das alternativas apontadas, que careceu de maior discussão no processo constituinte, é a do sistema distrital. Nele se incluem as seguintes características:

- a) os eleitores votam em zonas relativamente pequenas, denominadas distritos;

\* Trabalho apresentado para a cadeira de Direito Constitucional Comparado, no 2º semestre de 1990.

\*\* Alunos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

- b) os votos são dados a candidatos a uma ou mais vagas desses distritos no Parlamento;
- c) o candidato eleito pelo distrito será o seu representante, sem prejuízo da representação nacional ou estadual.

Nesse trabalho, pretendemos levantamentos para a discussão sobre o sistema distrital através do estudo de sua adoção em alguns países da perspectiva do Direito Comparado. E, ainda, apresentaremos algumas reflexões sobre a possibilidade de sua implantação no Brasil.

II - METODOLOGIA

Três variáveis foram adotadas para a pesquisa:

- a) Forma de Eleição: visando examinar a relação do sistema distrital com a representação proporcional, em que as vagas no Parlamento são distribuídas de acordo com a votação de cada partido, e com a representação majoritária, em que as vagas são distribuídas aos partidos vitoriosos nas circunscrições eleitorais; e, ainda, com a forma de votação uninominal, em que há apenas uma cadeira a ser preenchida por



distrito, e a de votação plurinominal, em que diversas são as cadeiras a serem preenchidas;

b) Composição dos Distritos: por sua importância para estabelecer a igualdade de representação, abordando seus critérios e órgãos responsáveis;

c) Sistema Partidário: visando estabelecer as possíveis relações entre sistema distrital e sistema de partidos. Nesta variável, tomamos como referência as três leis de Duverger, as quais afirmam que:

- a representação proporcional tende a um sistema de partidos múltiplos, rígidos e independentes;
- o escrutínio majoritário em dois turnos tende a um sistema de partidos múltiplos, flexíveis e dependentes;
- o escrutínio majoritário em um turno tende ao dualismo de partidos.

Quanto à escolha das estruturas constitucionais, utilizamos como ponto de partida o levantamento efetuado, em 1977, pelo Instituto de Direito Público e Ciência Política da Fundação Getúlio Vargas (1), que apontava a existência do sistema distrital nos seguintes países: Alemanha, Austrália, Canadá, Estados Unidos, França, Grã-Bretanha, Índia, Inglaterra, Japão e México. Optamos pelos seguintes:

- a) Grã-Bretanha: pelo interesse em expor o sistema distrital originário;
- b) Alemanha: pela adoção do sistema misto da "representação proporcional personalizada", conjugando os sistemas distrital e proporcional;
- c) Canadá e Estados Unidos: por adotarem o sistema distrital em uma forma federativa de Estado, de alto interesse para a discussão do tema no Brasil.

### III - ESTRUTURAS CONSTITUCIONAIS

#### III.1 - GRÃ-BRE

País  
ída por Inglaterra  
de Gales e Irlanda do Norte, seu poder legislativo é exercido pela Câmara dos Comuns e pelo Parlamento Escocês, que é composto pela Câmara dos Lordes e pela Câmara dos Comuns, a qual efetivamente exerce o poder e é eleito pelo sistema distrital.

Foi no território bretão que, junto com o parlamento, originou-se o sistema distrital, sob a forma majoritária. Em 1254, precisando o Rei Henrique III de recursos para a guerra contra a Gasconha, foram convocados dois cavaleiros por condado a fim de definir a questão numa verdadeira assembleia de representantes.

- a) Forma de Eleição: no decorrer de sua história, a Grã-Bretanha afirmou o sistema distrital majoritário, condizente com as origens do Parlamento britânico. Em 1884, foi adotado o voto uninominal, vigente até hoje.
- b) Composição dos Distritos: o território do país é dividido em quantos distritos forem necessários para preencher as vagas no Parlamento, atualmente 650. Esta divisão está a cargo de quatro Comissões Parlamentares de Delimitação dos Distritos, correspondentes às quatro regiões do país. Supervisionadas pelo Presidente da Câmara dos Comuns, cada comissão é composta de um juiz da Corte Suprema e de dois outros membros indicados pelos ministros do governo, ouvidos os partidos. É vedada a participação de membros do Parlamento nestas comissões.

A composição dos distritos é revista periodicamente em intervalos não inferiores a dez anos e não superiores a quinze anos. Respeitando os limites locais, o eleitorado dos distritos é fixado de acordo com a quota eleitoral necessária para eleger um deputado. Em Gales, Escócia e Irlanda as quotas são inferiores às da Inglaterra, a fim de que não seja reduzida a sua repre-

- sentação. Ainda assim, os distritos britânicos possuem uma margem máxima de variação em seu eleitorado de 25%.
- c) Sistema Partidário: a tendência bipartidária que prevalece até hoje aparece desde o final do século XVII. Neste período, a disputa pelo poder dividiu dois grandes grupos parlamentares: os tories, representantes da tradição nobiliárquica e do feudalismo agrário, e os whigs, representantes das classes urbanas e capitalistas. Estes grupos são a origem dos atuais partidos Conservados e Liberal, que dividiram o poder até final do século XIX, quando o segundo foi desbancado de sua posição de ólo do sistema, pelo Partido do Trabalhista. Atualmente, os Liberais constituem a terceira força em um sistema bipartidário hegemonizado por Conservadores e Trabalhistas, o qual, ao lado da possível interferência do sistema distrital, possui raízes históricas.

### III.2 - ALEMANHA

Preliminarmente, gostaríamos de esclarecer que os dados deste trabalho referem-se à República Federal da Alemanha, tendo em vista a proximidade do processo de unificação. Não obstante, este se consolidou com a fusão do território da antiga Alemanha Orien

tal e o da RFA. Dessa forma, foi seu sistema eleitoral que regeu a recente eleição de 02/12, apenas limitando a cláusula dos 5% de teto de representação partidária no Parlamento aos territórios correspondentes à antiga divisão.

A escolha do sistema eleitoral alemão foi marcada pelo objetivo de evitar a repetição dos erros da República de Weimar, quando a fragmentação dos partidos enfraqueceu o regime e permitiu a ascensão do na zismo. Assim, decidiu-se pela adoção de um sistema mis to, que possibilitasse tanto a estabilidade governamen tal quanto a expressão política das minorias.

a) Forma de Eleição: o Parlamento Federal é composto pe lo sistema da "representação proporcional personali zada", no qual metade dos representantes são elei tos pelo sistema distrital majoritário uninominal e metade pelo da votação proporcional estadual. Em ca da distrito, o eleitor tem direito a dois sufrágios: o primeiro para o candidato distrital, sendo eleito o que conseguir a maioria relativa dos votos; o se gundo, para a lista partidária, cujos candidatos con correm no âmbito de todo o estado. É o resultado des sa segunda votação que vai determinar o percentual

de mandatos de cada partido. O método de cálculo em pregado para esse fim é o do matemático belga Victor d'Hondt (números máximos), pelo qual a soma de votos atribuída a cada uma das listas partidárias é dividi da por 1, 2, 3, 4... até que todas as cadeiras sejam preenchidas e seja estabelecida a quota de cada par tido. Desta é deduzido o número de lugares conquista dos na votação majoritária. Se um partido obtiver mais mandatos distritais do que deveria segundo seu percentual, terá direito a retê-los, ficando a compo sição do Parlamento aumentada da diferença. Para o a cesso ao Parlamento, exige-se que o partido obtenha no mínimo 5% dos votos nacionais ou três candidatos eleitos pelos distritos.

b) Composição dos Distritos: é efetivada pela Comissão Permanente para os Distritos Eleitorais, nomeada pe lo Presidente da República e composta pelo Presiden te do Serviço Federal de Estatística, por um juiz do Tribunal Administrativo e por mais cinco membros. Sua tarefa é propor as alterações necessárias para man ter a divisão dos distritos de acordo com as varia ções populacionais.

Segundo a Lei Eleitoral, cada distrito de

ve constituir um todo coerente. Em sua divisão deve ser observada a fronteira dos estados e os limites urbanos e rurais. O desvio do número médio da população dos distritos eleitorais não deve ultrapassar a 33 1/3% para cima ou para baixo do fixado. Os distritos são criados pela divisão do território nacional, de acordo com o número de vagas a serem preenchidas pelo sistema distrital.

c) Sistema Partidário: vimos que um dos objetivos da criação do sistema misto alemão era a formação de governos estáveis, alcançados pela articulação de maiorias partidárias. Dessa forma, apenas três partidos disputam o poder: democrata-cristão, socialdemocrata e liberal-democrata.

### III.3 - CANADÁ

O Canadá é um Domínio, formalmente sob a Coroa do Reino Unido. A Rainha possui um Conselho Privado para o Canadá, que, na verdade, possui papel honorífico. Note-se que, com o repatriamento da Constituição Canadense em 1981, qualquer vínculo político com o Reino Unido tornou-se apenas questão de forma e tradição, mantendo-se um grande relacionamento econômico e cultural.

O Canadá possui uma estrutura federativa composta de dez províncias, dois territórios e vários condados. No entanto, levando-se em conta que os municípios não possuem autonomia e que os condados são apenas divisões administrativas e territoriais, pode-se dizer que a federação articula-se entre os governos provinciais e central, sendo o restante um verdadeiro sistema unitário.

a) Forma de Eleição: o legislativo federal compõem-se do Senado e da Câmara dos Comuns. Os membros do Senado são vitalícios até o limite de 75 anos de idade, sendo todos nomeados pelo Governador-Geral, que obedecerá a critérios para o equilíbrio da representação das Províncias em âmbito federal, as quais se agrupam em quatro divisões: Ontário, Quebec, Províncias Marítimas e Províncias do Oeste, cada qual com 24 integrantes. A maior relevância das províncias de Ontário, de colonização inglesa, e de Quebec, de colonização francesa, deve-se à formação histórica do Canadá a partir da centralização da população e ao forte poder econômico e político no território dessas duas províncias.

Já os membros da Câmara dos Comuns são e

leitos pelo voto direto, em número nunca inferior ao de membros do Senado, e pelo sistema majoritário uninominal.

b) Composição dos Distritos: as províncias são divididas em distritos com base na população, não podendo haver uma variação maior que 25% em relação à quota eleitoral da província.

As regras para eleição dos candidatos e redistribuição dos distritos para a Câmara Federal emanam da própria Câmara. Já para as Assembléias Provinciais, as regras são estabelecidas por estas mesmas, havendo portanto uma distribuição complexa, respeitando-se um limite básico imposto por regras federais, como, por exemplo, a de haver para cada distrito um representante.

Assim, a Câmara Federal terá 265 membros, agrupados em quotas, p. ex., 85 por Ontário e 75 por Quebec, quotas estas que irão determinar o número de eleitores em cada distrito, que variará até o limite de 25%, conforme a província. Neste sentido, o voto é proporcional ao equilíbrio federativo.

A revisão do censo não poderá ultrapassar o espaço de dez anos, e objetivará a atualização do e-

quilíbrio proporcional e consequente redivisão distrital. Esta é elaborada por Comissões de Representação, cujos membros são indicados pelo Judiciário e pelas Câmaras Provinciais e aprovados pelo Parlamento Federal.

c) Sistema Partidário: o Canadá possui um sistema bipartidário, muito embora existam vários partidos de pequena influência, aos quais não se deve imputar a desestabilização de um governo por pequena diferença de votos. Daí porque o sistema parlamentarista deva ser dotado de um arcabouço de regras que lhe dêem estabilidade política conjugada com a agilidade que se faz necessária na sucessão do poder.

#### III.4 - ESTADOS UNIDOS

Os EUA caracterizam-se por um sistema federativo com forma de governo presidencial, eleito por via indireta. Em todos os outros níveis, a eleição é direta: Senado Federal, Câmara dos Representantes, Governos Estaduais, Senadores e Deputados Estaduais, Conselhos dos Condados, Conselhos Municipais e Juízes locais.

a) Forma de Eleição: o Senado Federal é representativo dos estados da Federação, sendo que cada estado elege

dois candidatos, o que perfaz um colegiado de cem membros.

A Câmara dos Representantes, com 435 membros, é eleita pelo sistema majoritário uninominal, e possui mandato de dois anos.

b) Composição dos Distritos: o processo de revisão e distribuição dos distritos é feito pelos legislativos estaduais, que observam os limites impostos por lei federal, tais como: um representante por distrito: o respeito a critérios de densidade, contigüidade e tamanho; o princípio de um voto para cada cidadão, associado à equivalência populacional dos distritos, cuja variação não deve ultrapassar 1%; a diminuição do desequilíbrio entre o meio rural e o urbano; e outros mais.

Os distritos são divididos levando-se em conta uma proporcionalidade entre o número de lugares que cada estado possui na Câmara dos Representantes e a sua população.

Há dois casos bastante expressivos sobre o problema da composição distrital:

- Em 1812, o governador de Massachusetts, Elbridge Gerry, delineou um distrito com o fim de favorecer o seu partido. A forma adquirida assemelhava-se a uma salamandra,

razão pela qual denominou-se tal política de "gerrymander";

- Em 1946, julgou-se o caso Colegrove versus Green, no qual um cidadão pleiteava, com base no princípio da igualdade constitucional, o direito de paridade no exercício do voto. Questionava-se a justiça do valor atribuído ao voto de cada cidadão, ante o fato de os distritos eleitores, cada qual de apenas um representante, às vezes terem população que variava em centenas de milhares de habitantes. Aquela época, o Judiciário absteve-se de apreciar o mérito da questão, qualificando-a como de natureza particularmente política, e, portanto, além dos limites de sua competência constitucional.

Atualmente, a tendência de algumas décadas, acentuou-se no sentido de combater qualquer desequilíbrio na redistribuição dos distritos. Tanto a doutrina como a jurisprudência são generosas no assunto, que é de importância crucial na manutenção do sistema político americano.

c) Sistema Partidário: o sistema americano é bipartidário, apesar da existência de pequenos partidos. Assim, dificilmente um partido conseguirá legislar em causa própria, necessitando para isso de maioria absoluta no

Legislativo, do Governador no Executivo e da anuência do Judiciário. Mesmo assim, o sistema de dualidade de partidos nos EUA é bastante fortalecido.

#### IV - SÍNTESE COMPARATIVA

De acordo com os dados levantados na pesquisa, apuramos as seguintes características na aplicação do sistema distrital:

a) Forma de Eleição: apesar do sistema distrital ser conciliável tanto com o sistema plurinominal, como no Brasil e no Reino Unido durante o século XIX, quanto com a representação proporcional, como na Emenda nº 22 à Constituição Brasileira de 1967, todas as estruturas analisadas adotam o sistema majoritário uninominal. Isto se deve ao fato de que a implantação desse sistema geralmente objetiva fixar uma relação mais estreita entre representante e eleitores, e propiciar a formação de maiorias eleitorais estáveis. A adoção do sistema plurinominal ou da representação proporcional, portanto, seria contrária a esses objetivos, pois exigiria distritos com maior número de eleitores e permitiria a emergência de pequenos partidos.

b) Composição dos Distritos: em todas as estruturas analisadas, a fixação e revisão dos distritos está a cargo de comissões específicas, que submetem suas decisões ao Parlamento. No Canadá e nos Estados Unidos, a estrutura federativa obriga a que a divisão dos distritos seja feita a partir da fixação do número de representantes de cada estado. O mesmo não ocorre na Alemanha, onde o território nacional é dividido de acordo com o número de cadeiras do Parlamento, como na Grã-Bretanha, ainda que respeitando os limites estaduais.

O critério básico utilizado para a composição dos distritos é o do mesmo número de eleitores em cada um deles. Sendo impossível a igualdade absoluta, todas as estruturas prevêm limites para a variação da população eleitoral dos distritos.

c) Sistema Partidário: todas as estruturas analisadas enquadraram-se na terceira lei de Duverger, que combina sistema majoritário e bipartidarismo. No caso da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos deve-se ressaltar que a dualidade de partidos possui raízes históricas ainda que seja lícito afirmar que o sistema distrital tenha sedimentado esta tendência, tanto que a ascensão

do Partido Trabalhista na Grã-Bretanha não gerou a divisão do poder entre três partidos, mas deslocou os liberais para um plano secundário. No Canadá, também se encontra essa relação, visto que a sedimentação do quadro partidário deu-se com a organização institucional, que sempre incluiu o sistema distrital.

O caso mais notável de adequação à lei de Duverger, no entanto, é o da Alemanha. Durante a República de Weimar, em que vigorou o sistema proporcional, 23 partidos tinham assento no Parlamento. Na primeira eleição do pós-guerra, em que ainda não vigorava o atual sistema, 12 partidos estiveram representados; mas já em 1953, com sua adoção plena, gerou-se um sistema partidário semelhante ao britânico, em que dois partidos, democratas-cristãos e socialdemocratas, disputam o poder, havendo espaço para a participação de uma terceira força, os liberais-democratas.

#### V - O SISTEMA DISTRITAL NO BRASIL

O sistema distrital já foi utilizado no País durante um período de 72 anos, ou seja de 1855 a 1932, com uma ligeira interrupção de cinco anos.

Em 1855, com o Decreto Legislativo nº 842, que ficou conhecido como "Lei dos Círculos", introduziu-se o sistema distrital no Brasil. Estipulava-se que as províncias seriam divididas em círculos eleitorais, com base em sua população, sendo eleito um deputado por distrito.

Posteriormente, em 1860, o Decreto Legislativo nº 1.082, francamente eleitoreiro e idealizado por deputados cujo mandato findaria, ampliou para três o número de eleitos por distritos.

Em 1875, com a "Lei do Terço" (Decreto Legislativo nº 2.675) substituiu-se o sistema distrital pelo da representação proporcional, em que cada eleitor votava em quantos nomes correspondessem a dois terços do número de representantes da província, destinando-se o terço restante às minorias.

De pouca duração, este sistema foi substituído pela "Lei Saraiva" (Decreto Legislativo nº 3.029), de 1881, que restabelecia o sistema distrital com base em divisão censitária, voto direto e um representante eleito por distrito.

Com a República, manteve-se a eleição di-



reta implantada pela "Lei Saraiva" e suprimiu-se o voto censitário. A primeira lei a dispor sobre eleições federais foi a de nº 35, de 1892, que estabeleceu a divisão dos estados em distritos eleitorais de três deputados.

Em 1904, entra em vigor a Lei nº 1.269, que conservou o sistema distrital, mas aumentou para cinco o número de deputados a serem escolhidos por distrito. Este sistema vigorou até 1932, quando o Código Eleitoral implantou o sistema proporcional no país.

Na vigência da Constituição de 1946, vários projetos de reforma do sistema eleitoral foram apresentados, todos inspirados no sistema misto alemão. Propostas de mudança também foram discutidas no período constitucional iniciado em 1967, tanto visando estabelecer o sistema distrital puro quanto o sistema misto.

Em 1982, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 22 que estabelecia um confuso "sistema distrital misto, majoritário e proporcional", e que foi revogada antes de ser aplicada.

Já na Constituinte de 1987/88, foram apresentadas três propostas de sistema distrital, se -

guindo o sistema inglês, alemão e a Emenda nº 22, todas francamente derrotadas pela proposta de sistema proporcional.

Como se vê, a discussão a respeito da adoção do sistema distrital no Brasil é periodicamente suscitada. Atualmente, diante da grave crise que o País atravessa - eminentemente de caráter político - tal discussão tende a adquirir crescente relevância.

O presente trabalho, nesta parte final, dispõe-se a fazer uma defesa crítica pela reintrodução do sistema distrital no País, em uma forma mista semelhante ao modelo alemão, acrescentando o escrutínio majoritário em dois turnos.

Lembrando a lei de Duverger, esta proposta levaria à criação de um sistema de partidos múltiplos, flexíveis e dependentes, adequada à nossa realidade. Além disso, possui a grande vantagem de reunir os aspectos positivos dos dois sistemas - proporcional e distrital -, pois permite a formação de maiorias e a aproximação eleitor-representante, sem tornar irrelevante o papel das minorias nem prejudicar o debate dos temas nacionais.

No entanto, para a efetividade e estabilidade do sistema, seria necessária a adoção de salvaguardas a fim de evitar o oportunismo eleitoral na forma de composição dos distritos e o domínio das oligarquias locais sobre a eleição. Entre elas poderíamos citar: a fixação, em lei, de critérios unificados nacionalmente de divisão e redivisão dos distritos, a cargo de uma comissão nacional vinculada à Justiça Eleitoral; a criação de distritos pela divisão do território nacional de acordo com o número de vagos no Parlamento, suprimindo -se os limites mínimo e máximo de deputados por estado; a adoção do instituto do "recall" para os representantes distritais; o estabelecimento da fidelidade partidária; a exigência de um número mínimo de votos para que o partido tenha assento no Parlamento.

Ainda outros argumentos poder ser acrescentados em defesa dessa tese:

- a) a clarificação ideológica da eleição e o fortalecimento dos partidos;
- b) a redução dos custos da campanha e facilitação da fiscalização;
- c) a estabilidade do governo pela formação de maiorias não ocasionais;

d) a maior autenticidade na representação.

Enfim, acreditamos que a adoção do sistema distrital em forma mista no Brasil, permitiria uma maior legitimação do sistema representativo, fortalecendo a sociedade civil e o regime democrático.

B I B L I O G R A F I A

BASTOS, Celso, "INCONSTITUCIONALIDADE DE FUSÃO E INCORPORAÇÃO DE PARTIDOS POLÍTICOS", Rev. de Inf. leg., Brasília, junho 1984.

BRUM, Hélio de Almeida, "O VOTO NO BRASIL" Carta Mensal, Conf. Nac. do Com., Rio de Janeiro, 1983.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão, O VOTO DISTRITAL, Rev. de Ciência Política, Rio de Janeiro, maio de 1977.

CARRION, Eduardo, "REPRESENTAÇÃO PROPORCIONAL E VOTO DISTRITAL", Rev. Bras. de Estudos Políticos, Minas Gerais, jan. 1983.

CINTRA, Miguel Gonçalves de Ulhôa, "PESQUISA SOBRE ACONVIVÊNCIA E A VIABILIDADE DA ADOÇÃO DO VOTO DISTRITAL NO BRASIL", Rev. de Ciência Política, Rio de Janeiro, out. 1971.

FLEISCHER, David V., "VOTO DISTRITAL E OS PARTIDOS POLÍTICOS", Rev. de Inf. leg., Brasília, junho 1984.

GADELHA, Paulo, "DO VOTO DISTRITAL", Rev. de Inf. leg., Brasília, junho 1987.

GORGEN, Hermann, "SISTEMAS ELEITORAIS", Rev. de Inf. leg., Brasília, junho 1983.

MARINHO, José Fomingos da Silva, "PODER CONSTITUINTE E PARTICIPAÇÃO POPULAR", Rev. de Ciência Política, Rio de Janeiro, março 1983.

PAIM, Antonio, "A DISCUSSÃO DO VOTO DISTRITAL NA CONSTITUINTE", Ed. Convivium, São Paulo, 1988.

SILVA, Icléa Haver da, "O VOTO DISTRITAL", U.F.R.J., Rio de Janeiro, 1986.

SOUZA, Sully Alves de, "VOTO E REPRESENTAÇÃO DISTRITAIS", Rev. da Ciência Pol., Rio de Janeiro, set. 1970.

Vários Autores - Número Especial, "VOTO DISTRITAL", Rev. Inf. Legisl., Brasília, junho 1983.

CONSTITUIÇÃO ECONOMICA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.  
A QUESTÃO DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Maria Lúcia de Paula Oliveira\*

1. INTRODUÇÃO

Em exposição oral em Congresso Jurídico há alguns anos atrás, Celso Antônio Bandeira de Mello, com a marga ironia, afirmou que, se um extraterreno, dotado de inteligência aportasse no Brasil e decidisse desvendar os usos e costumes nativos à luz da Constituição de 1969, especialmente do Título "Da Ordem Econômica e Social", ficaria surpreso e embevecido com o elevado padrão de civilização que logramos erigir (1). Em relação ao Texto Constitucional de 1988, a situação não se alterou: vemos um conjunto de normas não efetivadas, mas que por si só, constituem um ideário de direitos dignos de uma sofisticada civilização.

Exemplo explícito do acima evidenciado é a norma constante no art. 160, III, onde se afirma a função social da propriedade, pois se nos reportarmos à realidade

---

\* Aluna do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

A definição do regime da propriedade na Constituição de 1988, propiciará, por outro lado, indicações fundamentais para a identificação da natureza do sistema econômico preconizado pela Constituição de 1988. Nas precisas palavras de José Afonso da Silva: "O regime da propriedade denota a natureza do sistema econômico" (2). Sobre a identificação da natureza deste sistema econômico, grande é a polêmica doutrinária que tangencia, muitas vezes, o que é mais importante: o Texto Constitucional e a realidade brasileira.

2. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a função social da propriedade como princípio norteador da ordem econômica, bem como também a propriedade (art. 170, II e III). No Título "Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos" encontraremos também asseguradas a propriedade privada e sua função social (art. 5º, XXII e XXIII).

A propriedade é um elemento crucial no delineamento da ordem econômica, social e política do país e que, sem dúvida nenhuma, deve ser o aspecto marcante para respondermos a questão de que em que ordem econômi

## CONSTITUIÇÃO ECONOMICA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE.

### A QUESTÃO DA EFETIVIDADE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Maria Lúcia de Paula Oliveira\*

#### 1. INTRODUÇÃO

Em exposição oral em Congresso Jurídico há alguns anos atrás, Celso Antônio Bandeira de Mello, com a marga ironia, afirmou que, se um extraterreno, dotado de inteligência aportasse no Brasil e decidisse desvendar os usos e costumes nativos à luz da Constituição de 1969, especialmente do Título "Da Ordem Econômica e Social", ficaria surpreso e embevecido com o elevado padrão de civilização que logramos erigir (1). Em relação ao Texto Constitucional de 1988, a situação não se alterou: vemos um conjunto de normas não efetivadas, mas que por si só, constituem um ideário de direitos dignos de uma sofisticada civilização.

Exemplo explícito do acima evidenciado é a norma constante no art. 160, III, onde se afirma a função social da propriedade, pois se nos reportarmos à realida-

---

\* Aluna do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

2

A definição do regime da propriedade na Constituição de 1988, propiciará, por outro lado, indicações fundamentais para a identificação da natureza do sistema econômico preconizado pela Constituição de 1988. Nas precisas palavras de José Afonso da Silva: "O regime da propriedade denota a natureza do sistema econômico" (2). Sobre a identificação da natureza deste sistema econômico, grande é a polêmica doutrinária que tangencia, muitas vezes, o que é mais importante: o Texto Constitucional e a realidade brasileira.

#### 2. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a função social da propriedade como princípio norteador da ordem econômica, bem como também a propriedade (art. 170, II e III). No Título "Dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos" encontraremos também asseguradas a propriedade privada e sua função social (art. 5º, XXII e XXIII).

A propriedade é um elemento crucial no delineamento da ordem econômica, social e política do país e que, sem dúvida nenhuma, deve ser o aspecto marcante para respondermos a questão de que em que ordem econômi

Direito, Estado e Sociedade - Revista do Departamento  
de Ciências Jurídicas da PUC-RIO - nº 1, julho/dezembro  
de 1991.

Conselho Editorial

Alejandro Bugallo Alvarez

Ana Lúcia Lyra Tavares

Eliane Botelho Junqueira

Joaquim de Arruda Falcão Neto

José Eduardo Campos de Oliveira Faria

Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino

Tânia da Silva Pereira

Coordenação da Publicação

Gisele Cittadino

---

Os artigos deverão ser enviados para: 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 - CEP: 22.453.

## S U M Á R I O

### 1. ARTIGOS E ENSAIOS

- Parecer - Admissibilidade da Adoção da Pena de Morte, da Antecipação da Revisão Constitucional, da Supressão ou Antecipação do Plebiscito sobre forma e sistema de governo... Adriano Pilatti ..... pág. 13.
- Intervenção do Estado X Sistema de Mercado: Confrontando Hayek e Olson... Gisele Citadino ..... pág. 34.
- Notas sobre a fundamentação jurídico-filosófica dos Direitos Humanos... João Ricardo Wanderley Dornelles ..... pág. 71.
- O Processo Constitucional e as (Pós) Transições Políticas: Casos Comparativos... José Ribas Vieira ..... pág. 97.
- A Caminho de um Direito Civil Constitucional... Maria Celina Bodin de Moraes Tepedino ..... pág. 126.
- Trânsito e (Des) Ordem Pública... Nilo Batista e Eliane Junqueira ..... pág. 164.
- A Ciência Jurídica e seus dois maridos... Regina Coeli Lisboa Soares ..... pág. 189.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

Nº 1 (julho/dezembro 1991)

NOTAS

- (1) cit. in "O Direito Constitucional e A Efetividade de de suas Normas", Barroso, Luis Roberto, p.57. Os comentários foram feitos em exposição oral no VI Congresso Brasileiro de Direito Constitucional, Vitória, 1985.
- (2) in "Curso de Direito Constitucional Positivo" , RT, 1989, p.679.
- (3) in "O Direito Constitucional e A Efetividade de Suas Normas", Ed. Renovar, 1990, p.191.
- (4) in "Introdução ao Direito Civil", Ed. Forense , 1988, p.78.
- (5) in "Formação da Teoria constitucional", Ed. Forense, 1984, p.164.
- (6) in "Instituições de Direito Civil", vol. IV, Silva Pereira, Caio Mário, p.67/68.
- (7) in "Comentários à Constituição de 1967", vol.V, Ed. Forense, 1989, p.397/398.
- (8) in "Ordem Econômica na Constituição de 1988" , p.271/272, Revista de Direito Público, vol. 93.



- (9) in "Curso de Direito Constitucional Positivo", p. 242, Ed. RT, 1989.
- (10) in "A Ordem Econômica na Constituição de 1988", p. 243, Ed. RT, 1990.
- (11) Sobre este conceito, vide Torquato Castro, em "Situação Jurídica do Direito Privado Nacional".
- (12) in obra cit., p. 243.
- (13) in "Direito Administrativo Brasileiro", p.109, Ed. RT, 1989.
- (14) in obra cit., p. 162, Ed. Forense, 1982.
- (15) in "A Propriedade e Direitos Reais na Constituição de 1988", p.34/35, Vários Autores, 1991.
- (16) in "A Ordem Econômica na Constituição de 1988", p. 252.
- (17) in obra cit., p. 151.
- (18) in "Aplicabilidade das Normas Constitucionais", p. 129, Silva, José Afonso da, Ed. RT.

- (19) in obra cit., p. 150.
- (20) Para um levantamento das principais correntes relacionadas à interpretação e crítica da ordem econômica na Constituição de 1988, vide a citada "A Ordem Econômica na Constituição de 1988", Grau, Eros Roberto.

## O PODER SOBERANO EM THOMAS HOBBS

Paulo Roberto S. Mendonça\*

### I- ASPECTOS GERAIS

Consideramos a tarefa de leitura de Thomas Hobbes algo extremamente instigante e desafiador por tratar-se de um autor bastante rico e polêmico, tanto no que diz respeito à sua teoria política, quanto no que se refere a suas concepções acerca da natureza humana.

Em face disso, optamos por dedicar este trabalho ao estudo da Soberania em Hobbes, ressaltando algumas noções de extrema importância para o campo da Política e, ao mesmo tempo, questionando determinadas visões tradicionais sobre sua obra.

Apesar de sua clareza, a teoria política de Hobbes ainda hoje abre espaço para inúmeros debates devido a seu caráter ao mesmo tempo extenso e profundo. Ora ela é tida como inspiradora do autoritarismo, ora considerada como o marco inicial da Teoria Política Moderna: af justamente residindo sua faceta desafiadora.

\* Aluno do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da PUC-Rio.

A teoria de Hobbes acerca da natureza humana, de fato, é de difícil aceitação, uma vez que se estrutura em uma concepção mecanicista do homem e da sociedade, a qual hoje nos parece descabida, mas que para o séc. XVII era bastante inovadora. Cabe lembrar que Hobbes rompe com uma tradição teocrática anteriormente existente, ao desenvolver a teoria da origem delegada do poder soberano, em contraponto a um poder que buscava seu fundamento em causas transcendentais, divinas ou algo semelhante.

Seria muito leviano de nossa parte proceder um estudo de Hobbes sob parâmetros pós-hobbesianos de coerência entre o real e o ideal. Faz-se necessário um estudo do autor dentro da lógica de sua Obra e do momento em que foi escrita. Não se trata de uma apolo - gia cega dos textos de Hobbes e sim de tentar buscar no autor aquilo que ele tem de criativo e inovador.

Disso resulta nossa opção por trabalhar mais com questões ligadas ao Estado em Hobbes, do que propriamente com suas considerações acerca da natureza humana, as quais hoje em dia seriam alvo fácil de qualquer crítica.

## II - A TEORIA POLÍTICA DE HOBBS

Seguindo uma noção de que tratamos brevemente na parte introdutória deste trabalho, talvez a grande contribuição de Hobbes tenha sido no sentido de fundar na delegação a origem do poder soberano e, com isso, romper a hierarquia social então existente, de base divina.

Ao propor a subordinação dos súditos ao soberano, Hobbes renunciava à tradicional forma de sociedade hierárquica, mas buscava garantir a ordem social por meio do fortalecimento de uma autoridade central, que ocuparia o lugar das antigas relações de servidão como mecanismo de manutenção da estabilidade social.

### 2.1) DO PODER SOBERANO

Para Hobbes, o Estado surge de um pacto de cada homem com os demais no sentido de criar uma "pessoa artificial", à qual será delegado o direito de governar a todos. Nesse momento, a multidão, que é o conjunto desarticulado dos indivíduos no estado de natureza, abre mão de sua liberdade, para formar a sociedade política.

Essa "pessoa" que passa a existir é o Es-

tado, que o próprio Hobbes define da seguinte maneira:

"Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum". (1)

O portador dessa pessoa é chamado Soberano, sendo o detentor do poder soberano, o qual deve ter caráter perpétuo de maneira a garantir a ordem e a paz na sociedade. Tal proposição se aplicava tanto à assembleia, quanto ao monarca: a primeira deveria ter o poder de preencher suas vagas eventualmente surgidas e o segundo seria o único competente para apontar seu sucessor.

Todavia, a história demonstra que essa visão de Hobbes não podia triunfar e que a alternância no poder não implicava necessariamente em instabilidade do Estado. Macpherson explica essa lacuna na teoria de Hobbes sob a ótica do mercado, conforme o texto a seguir:

"(Hobbes) via a sociedade como tão obrigatoriamente fragmentada pela luta de cada um pelo poder sobre os demais que igualava todos em insegurança. Não

conseguiu ver que, justamente aquela mesma característica de uma sociedade que dela faz uma competição de cada um pelo poder sobre os demais, dela faz também uma sociedade dividida em classes desiguais". (2)

Sua grande falha se deu ao crer que a existência de um mandatário perpétuo do poder soberano seria a única forma de evitar o colapso do Estado, resultado do insuperável conflito entre os interesses dos indivíduos. Contudo, Hobbes não previu que as desigualdades de classe continuariam existindo, agora não mais sob um fundamento hierárquico de inspiração divina e sim como uma decorrência do tipo de relações estabelecidas no âmbito do mercado.

Tal fato se deu exatamente quando grupos de proprietários, cujos interesses eram comuns, passaram a intervir diretamente no processo político. A eleição de seus representantes para o corpo colegiado soberano, não afetou a estabilidade do Estado, contradizendo a previsão inicial de Hobbes.

Muito embora Hobbes estivesse enganado quanto à forma de que deveria se revestir o poder soberano, sem dúvida ele foi preciso quanto à necessidade

de sua existência. Mesmo em uma sociedade dominada por uma burguesia proprietária, é fundamental um poder soberano, que garanta a tranquilidade das relações do mercado e a própria existência da propriedade.

Na concepção de Hobbes, o homem racional (ou proprietário) é capaz de compreender quão necessário é um poder soberano que determine as regras a serem seguidas na sociedade. A estabilidade social é um elemento precioso para o bom funcionamento do mercado, sendo este último a razão de ser do homem racional.

Quanto aos não proprietários, em relação a eles também é racional a existência do poder soberano, pois este, em última instância, lhes assegura a própria vida, longe da barbárie representada pelo estado de natureza. Ainda que dotados de racionalidade diversa, para Hobbes os não proprietários estavam fadados a viver em uma sociedade de mercado, uma vez que se encontravam completamente alheios às decisões políticas do Estado.

## 2.2) SOBERANO OU DESPOTA?

A concepção de poder soberano de Hobbes suscitou inúmeras críticas em debates posteriores a sua obra. Tanto Locke, quanto Montesquieu desferiram severos

ataques ao soberano absoluto hobbesiano, o qual seria inimigo de todos, forma amoral do exercício do poder, que resulta no despotismo.

O soberano de Hobbes já foi comparado até com o rei absolutista, ou o sultão oriental. Contudo, Renato Janine Ribeiro é capaz de caracterizá-lo de modo bem mais adequado:

"Mas, enquanto o déspota assim imaginado é animal selvagem e fera, o soberano hobbesiano é um "homem artificial"; mais até: embora constituído pelos homens, um "deus". Tem em comum com o déspota não ser controlado pelos súditos; porém, ao capricho do sultão, opõe sua racionalidade". (3)

Hobbes dota seu soberano de uma racionalidade nova, inexistente nas formas despóticas de poder até então predominantes. Não cabe aqui discutir o quanto o autor moldou seu soberano ideal como um ente virtuoso e plenamente racional, e sim que Hobbes pioneiramente desenvolveu uma teoria acerca de um Estado representativo dos indivíduos.

Seu pensamento não é puramente o do despotismo, como imaginaram Locke e Montesquieu, mas o da soberania, fundada basicamente na noção de representação

política. Até então, na sociedade prevalecia uma divisão de classe fundada em desígnios divinos ou tradições ("os que rezam, os que combatem, os que lavram") e um poder de natureza despótica, embasado nessas mesmas relações.

Diferentemente do que se poderia chamar de despotismo, a soberania de Hobbes não se associa à figura de um rei, com direitos naturalmente superiores aos dos cidadãos. Em realidade, Hobbes fala em "portador do poder soberano", o qual adquire este poder não apenas pelo medo e sim por uma delegação dos indivíduos, que, ao alienarem sua liberdade no estado de natureza, recebem um troca o direito à paz e à vida.

### 2.3) O CONTRATO EM HOBBS

A genealogia do Estado hobbesiano deve ser entendida sob uma ótica mecanicista. Segundo o autor, o homem natural é anti-sociável, daí a necessidade da formação de um "autômato", que possibilite a sociabilidade entre os indivíduos e em função disso, Renato Janine define o contrato em Hobbes:

"Como esta sorte de mecânica social é que devemos entender o contrato: ele é um ato de vontade humana metamorfoseando a prévia relação

guerreira entre os homens". (4)

No quadro das paixões, devemos compreender a instituição do Estado como movida somente pela esperança. Esta encarada como a renúncia pelos súditos da guerra interminável entre os homens, característica do estado de natureza, em favor de uma sociedade em paz, submetida a um só poder.

Um traço marcante na obra de Hobbes é sua preocupação em instruir cada indivíduo quanto aos efeitos do contrato firmado, não apenas em um sentido informativo, mas efetivamente objetivando tornar o cidadão um súdito e investir em seu consentimento e obediência.

Essa preocupação se justifica na medida em que não há contrato sem consentimento, existindo apenas imposição de força. O assentimento do súdito representa a única garantia de sobrevivência do Estado. Tanto é assim, que Hobbes caracteriza o poder não fundado, como escravidão, conforme destaca Renato Janine:

"O escravo não submeteu a vontade: é o dominado que rejeita sua condição, o oposto do súdito, do filho, do servo. Não tem senhor, apenas um captor, que o domina pelo direito de natureza, mas sem ter

ele obrigação alguma de obedecer-lhe: o cativo continua a guerra". (5)

A escravidão é a negação do político e a afirmação do estado de natureza. O escravo não delegou poderes ao seu captor, portanto se encontra em estado de guerra constante e na primeira oportunidade se libertará de seu cativo, subjulgando seu opressor. Por outro lado, o súdito delegou poderes ao soberano, abdicou de sua liberdade em troca do direito à segurança. Assim, não há que se falar em despotismo nesse caso.

Aqui fica evidente a lacuna existente nas leituras despóticas de Hobbes, que na realidade enfatizam o lado da imposição de um poder superior, mas negligenciam por completo o conteúdo de delegação existente na noção de poder soberano.

### III - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nos arriscamos a afirmar que qualquer discurso atualmente existente, que venha a centrar sua crítica da obra de Hobbes em seu aspecto autoritário, é de pouca valia em termos acadêmicos. Basta observarmos o quanto resta de conteúdo, no que se refere à representação popular, poder delegado, soberania, fundamentos do

exercício do poder, etc. para constatarmos o quão pobre seria uma análise dessa natureza.

Obviamente, se lançarmos mão de Rousseau e Montesquieu, por exemplo, encontraremos grandes lacunas em Hobbes, sobretudo no que se refere à questão democrática. Todavia, são lacunas quanto à duração e os limites do poder soberano (ambos para Hobbes ilimitados), nunca quanto a sua matriz de representação política, centrada na delegação pelos indivíduos, não mais na tradição. É inegável a contribuição de Hobbes também no que diz respeito a indivisibilidade do poder. Tal opinião é reforçada por Renato Janine:

"A questão do regime preferível pode parecer secundária : é por isso que geralmente é deixada de lado na maioria das análises sobre a natureza do poder em Hobbes. O importante é o caráter indivisível do poder, mais do que a maneira de seu exercício". (6)

Devemos destacar, ainda, que com Hobbes surge a noção de público e privado, que dará o fundamento de toda a Teoria do Estado Moderno. Sua idéia do Estado como organizador do mercado e das relações sociais dá a base para toda a formulação posterior do direito

liberal, principalmente no que concerne as leis civis e a positivação do direito.

Portanto, a prudência torna-se bastante necessária na leitura de Hobbes, para que não criemos preconceitos quanto à sua obra, ou sejamos excessivamente entusiastas de suas idéias. Na sua leitura, é de grande importância lembrar que, conforme o subtítulo do livro de Renato Janine (nota 3), Hobbes escreveu contra seu próprio tempo, questionando valores básicos de sua época, dando a base de toda uma formulação teórica, que se tornaria dominante na modernidade.

NOTAS

- (1) HOBBS, Thomas. Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil - Os Pensadores. São Paulo, Nova Cultural, 1988, pág. 106.
- (2) MACPHERSON, C. B. A Teoria Política do Individualismo Possessivo de Hobbes até Locke. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979, pág. 102.
- (3) RIBEIRO, Renato Janine. Ao Leitor Sem Medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo. São Paulo, Brasiliense, 1984, pág. 42.
- (4) Ibidem, pág. 23.
- (5) Ibidem, pág. 151.
- (6) RIBEIRO, Renato Janine. A Marca do Leviatã. São Paulo, Ática, 1978, pág. 36.

NOTÍCIAS  
E  
INFORMAÇÕES



ESCRITÓRIO MODELO DE ADVOCACIA (EMA) DA PUC-RIO

ALGUMAS INFORMAÇÕES

Firly Nascimento Filho\*

A reorganização do estágio ministrado aos alunos do Departamento de Ciências Jurídicas desta Universidade ocorreu segundo premissas originárias da OAB-RJ, cujo departamento de estágio era ocupado pelo ilustre Prof. Roberto Lellis, em comum acordo com os professores orientadores, todos envolvidos no projeto de qualificação do aluno.

Inovação importante na atual administração foi a abertura do Escritório Modelo de Advocacia, (EMA), que presta serviços a comunidades acadêmica e externa nas áreas de Direito Civil, Direito Penal e Direito do Trabalho.

Tal iniciativa por parte da Coordenação de Estágio decorreu de antiga reivindicação do alunado, contando com o expresso e necessário apoio do Prof. Gustavo Sénéchal de Goffredo, Diretor do Departamento de Ciên -

---

\* Professor da PUC-Rio e Coordenador do EMA.

cias Jurídicas.

O prazo de duração do estágio forense é de dois anos, dividido em quatro semestres.

Além disso, participam os estagiários de atividades externas, como visitas a órgãos públicos vinculados à atividade profissional do advogado.

Está em andamento Convênio com a Defensoria Pública da Cidadania para alocar nossos estagiários em plantões nas Delegacias Policiais.

Em curso, também, a implementação de escritório avançado na Comunidade da Rocinha, sendo certo que alguns alunos já prestam assistência jurídica aos necessitados em projeto coordenado pelo Prof. Luiz Cesar Tardim, do Departamento de Teologia.

Semestralmente, a Coordenação oferece aos alunos estagiários possibilidade de contato com pessoas que exercem atividades na área jurídica através de palestras programadas.

Em complemento ao programa de estágio existem aulas técnico-práticas aos sábados, ministradas pelos advogados orientadores do Escritório Modelo.

Formam o quadro de advogados os orientado

res Luiz Eduardo de Lima, Ester Márcia Speterow, Maria Celeste Simões Marques, Pedro Matias de Souza e Firly Nascimento Filho, todos graduados nesta Universidade.

O quadro administrativo é constituído pe los funcionários Lindinalva Barreto, Sebastião Borges Delgado e Marcos Antonio Lira de Souza.

O estágio forense da Universidade é reconhecido, outorgando aos concluintes dois anos de prática forense que é equiparada à profissional para efeito de concursos públicos.

Finalizando, cumpre informar que o estágio forense desta Universidade possui elevado conceito no órgão de classe (OAB), inexistindo pendências a resolver, havendo convívio harmonioso entre ambas as instituições.