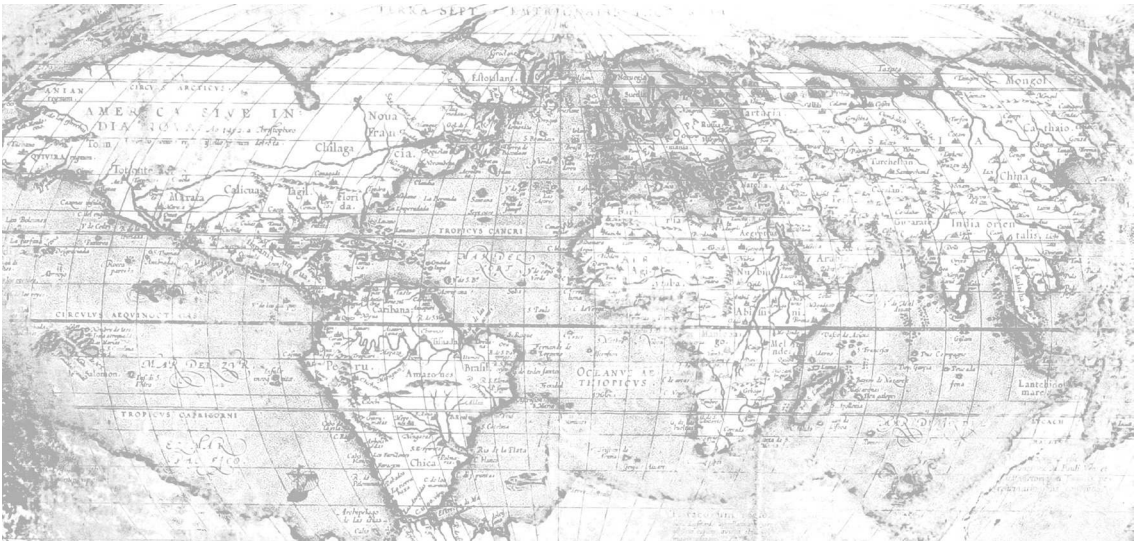
Relações Internacionais e Direito
Estudos Multitemáticos



Helder Baruffi (Org.)
Rafael Salatini (Org.)
Verônica Maria Bezerra Guimarães (Org.)

RELAÇÕES INTERNACIONAIS E DIREITO
Estudos Multitemáticos

Helder Baruffi (Org.)
Verônica Maria Bezerra Guimarães (Org.)
Rafael Salatini (Org.)
Alfa Oumar Diallo
André Luiz Faisting
Celso Castillo Gamarra
Cristina Grobério Pazó
Eduardo C. B. Bittar
José Gomes da Silva
Maria Goretti Dal Bosco
Paulo Ferreira da Cunha
Ramón Campderrich Bravo
Simone Becker
Wanise Cabral Silva

UFGD editora

Universidade Federal da Grande Dourados

COED:

Editora UFGD
Coordenador Editorial : Edvaldo Cesar Moretti
Técnico de apoio: Givaldo Ramos da Silva Filho
Redatora: Raquel Correia de Oliveira
Programadora Visual: Marise Massen Frainer
e-mail: editora@ufgd.edu.br

Conselho Editorial - 2009/2010
Edvaldo Cesar Moretti | Presidente
Wedson Desidério Fernandes | Vice-Reitor
Paulo Roberto Cimó Queiroz
Flaviana Gasparotti Nunes
Rita de Cássia Aparecida Pacheco Limberti
Rozanna Marques Muzzi
Fábio Edir dos Santos Costa

Revisão:
Projeto gráfico e capa: Marise Frainer
Impressão: Gráfica Centro Imagem | Campo Grande | MS

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central – UFGD

340
R382
Relações internacionais e direito : estudos multitemáticos. / Rafael Salatini, Helder Baruffi, Verônica Maria Bezerra Guimarães, (Organizadores). – Dourados, MS : Editora da UFGD, 2010.
380p.

Vários autores
ISBN 978-85-61228-59-0

1. Direito – Miscelânea. 2. Relações internacionais – Miscelânea. I. Salatini, Rafael. II. Baruffi, Helder. III. Guimarães, Verônica Maria Bezerra..

Sumário

07 Apresentação

11 1. MAQUIAVEL E MAQUIAVELISMO EM NORBERTO BOBBIO
Rafael Salatini

41 2. EL PROBLEMA DE LA GUERRA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN HANS KELSEN Y CARL SCHMITT
Ramón Campderrich Bravo

63 3. AS RELAÇÕES BILATERAIS BRASIL/GUINÉ-BISSAU
Alfa Oumar Diallo

87 4. SISTEMAS ELECTORALES EN EL MERCOSUR
Celso Castillo Gamarra

107 5. MAIO DE 68 E OS DIREITOS HUMANOS
Eduardo C. B. Bittar

125 6. VIOLÊNCIA E FRAGMENTAÇÃO SOCIAL
André Luiz Faisting

145 7. VIRTUDE DA CONSTITUIÇÃO E VIRTUDES REPUBLICANAS
Paulo Ferreira da Cunha

169 8. TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E CORRUPÇÃO
Maria Goretti Dal Bosco

201 9. DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO
Helder Baruffi

229 10. ESTATUTO DA CIDADE: DO PLANO LEGAL AO REAL
Verônica Maria Bezerra Guimarães

247 11. SOBRE UMA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DA ÁREA JURÍDICA
Wanise Cabral Silva

269 12. "ERA UMA VEZ (...): ALGUMAS INQUIETAÇÕES SOBRE AS RELAÇÕES DA ANTROPOLOGIA, SEJA COM A MEDICINA, SEJA COM O DIREITO"
Simone Becker

296 13. SEGREDO DA IDENTIDADE DO VÍNCULO DE FILIAÇÃO
Cristina Grobério Pazó

315 14. PRINCÍPIO DISPOSITIVO
José Gomes da Silva

APRESENTAÇÃO

A Fundação Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD), instituída pela Lei nº 11.153, de 29 de julho de 2005, criada por desmembramento do campus da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) em Dourados, é uma instituição de educação superior vinculada ao Ministério da Educação, com personalidade jurídica de direito público, com sede e foro no Município de Dourados, Estado do Mato Grosso do Sul.

Em 2009, após a implantação do REUNI (Reestruturação e Expansão das Universidades Federais), a UFGD encontra-se estruturada em nove FACULDADES que congrega, dentre outras, a FADIR (Faculdade de Direito), que oferece os cursos de graduação em Direito e em Relações Internacionais.

O Curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) foi criado sob o signo da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), em 1999. Reflete a expectativa da comunidade regional que necessita de profissionais para compor a estrutura política com as dimensões da cidadania e do interesse público.

O curso de graduação em Direito da UFGD pretende superar antigas dicotomias e desconstruir velhas polaridades. Assim, em breves palavras, o curso busca, a partir deste projeto pedagógico, à luz da implantação do REUNI, fazer a interação entre teorias e práticas. Ou ainda, fazer com que o discente, egresso do curso de Direito da UFGD, tenha uma visão mais humanística e menos tecnicista das ciências jurídicas.

Quanto ao curso de Relações Internacionais, este vem despertando o interesse de um público cada vez maior. Até quase o final do século XX, o estudo das relações internacionais constituía domínio privilegiado de diplomatas, militares e de um pequeno número de acadêmicos especializados. Hodiernamente, mobiliza um grande número de jovens estudantes

e amplia cada vez mais seu leque de atuação, constituindo um novo campo do saber e estabelecendo novas alternativas profissionais aos recém diplomados no ensino médio.

Diversos fatores podem explicar essa mudança de comportamento do público em torno das relações internacionais. Uma delas tem sido a importância estabelecida, pelo meio acadêmico e pelos formadores de opinião pública, ao fenômeno da globalização ou mundialização. Além disso, citam-se as grandes mudanças pelas quais passou o sistema internacional em torno do fim do sistema bipolar da Guerra Fria em direção ao multilateralismo, aumentando a importância das questões de direitos humanos, comerciais, econômicas e de governança para o nível internacional.

É neste sentido que se insere o curso de Relações Internacionais da Faculdade de Direito da UFGD, ou seja, atender à demanda da região do Mato Grosso do Sul e de todo o Brasil em torno do aumento do interesse e do estudo das questões internacionais.

Do esforço conjunto dos professores de Direito e Relações Internacionais da FADIR, através das suas pesquisas e práticas educacionais, surgiu a reunião dos artigos organizados neste livro, que pretende dar visibilidade às suas produções acadêmicas. É o que se observa nos artigos escritos por professores do curso de Relações Internacionais da FADIR: "Maquiavel e maquiavelismo em Norberto Bobbio", de Rafael Salatini, que aborda o tema clássico do maquiavelismo e da razão de Estado no pensamento do famoso filósofo turinense, e "As relações Bilaterais Brasil/Guiné-Bissau", de Alafa O. Diallo, que apresenta um panorama histórico das relações bilaterais entre esses dois países, analisadas no contexto mais amplo das relações entre o Brasil e o continente africano. No artigo "Transparância administrativa e corrupção", Maria G. Dal Bosco enfrenta o tema da transparência administrativa com enfoque na aplicação dos recursos públicos e da corrupção sob o viés da supressão dos direitos fundamentais sociais. Em "Direito constitucional à educação", de Hélder Baruffi, observa-se o tratamento da normatização do direito à educação no cenário brasileiro dentro da perspectiva da Constituição

Federal de 1988 e do direito internacional público. O artigo de Verônica M. B. Guimarães intitulado "Estatuto da Cidade" discorre sobre os desafios da construção do desenvolvimento local e o papel do Estatuto da Cidade para a implementação desse direito. Wanise Cabral Silva, no artigo "Sobre uma hermenêutica filosófica", discorre sobre a hermenêutica filosófica da área jurídica, tendo como base o pensamento de Hans-Georg Gadamer e Lênio Streck. Em "Era uma vez (...): Algumas inquietações sobre as relações da Antropologia, seja com a Medicina, seja com o direito", Simone Becker realiza um estudo acerca das relações litigiosas entre essas áreas do conhecimento à luz da etnografia. Já o artigo "Segredo da identidade do vínculo de filiação", de Cristina G. Pazó, aborda alguns dos vários papéis jurídicos que o homem (em perspectiva de gênero) pode representar no direito de família contemporâneo em relação ao segredo da identidade vínculo de filiação em relação à procriação assistida heteróloga, ao parto anônimo e a adoção. José Gomes da Silva em "Princípio Dispositivo" trata daquele princípio que, no processo civil, atribui às partes a tarefa de estimular a atividade judicial e de praticar os atos do processo, escritos por professores do curso de Direito da FADIR.

Além da produção científica dos professores da FADIR, contamos também com a participação de artigos de professores convidados, que proferiram conferencia no II Congresso Transdisciplinar de Direito, promovido pelo curso de Direito, em setembro de 2008, evento já consolidado no cenário jurídico de Mato Grosso do Sul. Ramón C. Bravo, em seu artigo "El problema de la guerra em lãs relaciones internacionales em Hans Kelsen y Carl Schmitt", versa sobre a natureza e a atualidade do pensamento internacionalista dos dois grandes jusristas alemães. Em "Sistemas electorales en el Mercosur", Celso C. Câmara aborda os diversos modelos de sistemas eleitorais dois países do Mercosul, destacando as perspectivas de mudanças que aumentam o escopo democrático na região. "Virtude da constituição e virtudes republicanas", de Paulo F. Cunha, apresenta uma investigação sobre o tema das virtudes entre o constitucionalismo e o republicanismo. Já o artigo "Maio de 68 e os direitos humanos, de Eduardo

C. B. Bittar, traz uma discussão sobre o impacto das transformações de maio de 1968 sobre a concepção de dignidade humana positivada tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) quanto na Constituição Federal (1988). Por fim, "Violência e fragmentação social", de André L. Faisting, oferece um estudo da relação entre violência e fragmentação social sob o ponto de vista cultural.

Esperamos, desta forma, contribuir para a difusão do conhecimento do Direito e das Relações Internacionais, por meio desses estudos multitemáticos, abrindo, assim, janelas para a difusão da nossa produção científica.

Helder Baruffi
Rafael Salatini
Verônica Guimarães
(Organizadores)

1. MAQUIAVEL E MAQUIAVELISMO EM NORBERTO BOBBIO[1]*

Rafael Salatini[2]**

Tendo dedicado a maior parte de sua longa vida intelectual aos estudos da filosofia do direito e da política, o filósofo piemontês Norberto Bobbio (1909-2004), ligado ao positivismo analítico da escola de Turim, escreveu uma incomensurável obra que tem desafiado a catalogação de seus discípulos, com um número espantoso de livros, artigos, verbetes, notas, prefácios, introduções, cartas, etc.[3], nos quais duas questões básicas se destacam: a contraposição entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico, do ponto de vista da filosofia do direito, e a contraposição entre o contratualismo e o historicismo, do ponto de vista da filosofia política. No que se refere aos estudos bobbianos sobre a filosofia política, sobre os quais me deterei aqui, inserem-se os temas da política e da moral, das formas de governo, das ideologias e das realidades políticas, da guerra e da paz, dos direitos individuais e dos deveres do Estado, que são (para utilizar a mesma expressão que Bobbio costumava utilizar em relação aos pensadores clássicos) os "temas recorrentes" bobbianos e conformam, no conjunto, o que o autor chamou de teoria geral da política[4].

1* Este texto foi apresentado no "VI Congresso Nacional de Filosofia Contemporânea da PUC-PR", promovido pelo Curso de Pós-Graduação em Filosofia e Graduação em Filosofia da PUC-PR, entre os dias 04 e 07 de agosto de 2008, na cidade de Curitiba-PR.1

2** Professor Adjunto do Curso de Relações Internacionais da FADIR-UFGD.

3 A maior catalogação feita até o momento encontra-se em C. Violi & B. Maiorca (a cura di), ***Prefazione a Norberto Bobbio: 50 anni di studi. Bibliografia degli scritti (1934-1983). Bibliografia degli scritti su Norberto Bobbio***, Milão, Franco Angeli, 1984 (276 p.); completada com C. Violi & B. Maiorca (a cura di), Norberto Bobbio. ***Bibliografia degli scritti (1984-1988)***, Milão, Franco Angeli, 1991 (80 p.); com uma nova edição feita por C. Violi (a cura di), ***Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio (1934-1993)***, Roma-Bari, Laterza, 1995 (532 p.). (A bibliografia completa de Bobbio também pode ser consultada no ***site*** www.erasmo.it/bobbio, com mais de 3.000 títulos.) 3

4 Cf. M. Bovero, "Introdução", in N. Bobbio, ***Teoria geral da política – A filosofia política e as lições dos clássicos***, org. M. Bovero, trad. D.B. Versiani, Rio de Janeiro, Campus, 2000, pp. 09-63.

Entretanto, se prestarmos atenção em seus escritos, veremos que alguns autores importam mais que outros no esquema bobbiano de compreensão da filosofia política, baseada, sobretudo, na contraposição entre o historicismo (de Aristóteles a Marx) e o racionalismo (de Hobbes a Fichte): Aristóteles e Platão mais que Agostinho ou Tomás, Maquiavel e Vico mais que Guicciardini ou Castiglione, Hobbes e Locke mais que Hume ou Bentham, Rousseau e Montesquieu mais que Voltaire ou Tocqueville, Kant e Hegel mais que Fichte ou Schopenhauer, Marx e Gramsci mais que Lukács ou Althusser, Croce e Cattaneo mais que Gentile ou Della Volpe, Kelsen e Schmitt mais que Rawls ou Nozick. Nesse sentido, em palestra proferida no Brasil, na Universidade de Brasília, em 1983, quando perguntado por que não incluíra Tomás de Aquino entre os clássicos da filosofia política, respondera que, no desenvolvimento de seu próprio pensamento, fizera "uma seleção muito pessoal de autores"[5]. No que concerne a essa seleção, num pequeníssimo texto escrito por ocasião da comemoração de seus 75 anos, intitulado "Para uma bibliografia" (1984), Bobbio fez uma lista daqueles que chamou de "seus" autores, incluindo dez nomes: Hobbes, Locke, Rousseau, Kant e Hegel (entre os clássicos) e Croce, Cattaneo, Kelsen, Pareto e Weber (entre os contemporâneos)[6]. Nessa lista, curiosamente, não consta o nome de Maquiavel. Se olharmos atentamente, constam, entre os clássicos, apenas autores contratualistas (excetuando-se Hegel, ainda que o Hegel bobbiano seja principalmente aquele Hegel crítico do contratualismo e, portanto, lido em função deste), e, entre os contemporâneos, apenas autores liberais (ainda que os liberais realistas mais que os liberais idealistas). Maquiavel, como todos sabem, não foi nem uma coisa nem outra, nem contratualista nem liberal. Entretanto, Bobbio nunca deixou de ler e citar o autor de ***O príncipe*** (1513) em seus textos, mencionando seu nome e trechos de sua obra incontáveis vezes, nas mais diversas discussões, em confronto com os mais diversos autores, inclusive

5 C.H. Cardim (org.), ***Bobbio no Brasil – Um retrato intelectual***, Brasília, UnB, São Paulo, Imprensa Oficial, 2001, p. 97.
6 N. Bobbio, ***O tempo da memória – De senectute e outros escritos autobiográficos***, trad. D. Versiani, Rio de Janeiro, Campus, 1997, pp. 84-96.

aqueles que eram os "seus", como nenhum de seus leitores – e eu me reconheço como um dos mais frequentes – pode deixar de notar.

Nesse sentido, como existem diversos Maquiaveis (basta atentar para sua infinita lista de comentadores), pode-se perguntar: qual seria o Maquiavel bobbiano? Ou seja, qual seria a compreensão desenvolvida por Bobbio no que se refere não a nenhum de seus autores ditos prediletos (o que seriam tantas outras questões quantos são esses autores), mas especificamente a Maquiavel, o qual, se não se encontrava entre os autores prediletos, encontra-se, sem sombra de dúvida, como disse, entre os mais frequentemente citados em sua obra. A escolha de Maquiavel se deve a duas razões. A primeira é também pessoal (e, portanto, subjetiva): por ser o autor central dos meus próprios estudos desenvolvidos até o momento. A segunda razão, entretanto, é objetiva: porque a compreensão bobbiana sobre a maior parte dos autores pelos quais tinha predileção pode ser analisada em livros completos que publicou em vida, em geral como apostilas de cursos que ministrou ou como compilação de artigos independentes, como é o caso de Kant (em ***Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant***, de 1957), Locke (em ***Locke e o direito natural***, de 1963), Pareto e Mosca (em ***Ensaios sobre a ciência política na Itália***, de 1969, com uma nova edição ampliada em 1996), Cattaneo (em ***Uma filosofia militante – Estudos sobre Carlo Cattaneo***, de 1971), Hegel (em ***Estudos hegelianos***, de 1981), Hobbes (em ***Thomas Hobbes***, de 1989) e Kelsen (em ***Direito e poder – Ensaios sobre Kelsen***, de 1992), entre os autores de sua lista, mas também é o caso de Gobetti (em ***Itália fiel – O mundo de Gobetti***, de 1986), Gramsci (em ***Ensaios sobre Gramsci***, de 1990) e Marx (em ***Nem com Marx, nem contra Marx***, de 1997), que não entraram na lista dos "seus". Entre os inúmeros livros de Bobbio, entretanto, não se encontra nenhum especificamente sobre Maquiavel (como também não se encontram sobre Rousseau, Croce ou Weber), sobre quem de fato escreveu pouquíssimo, contando-se talvez apenas dois ou três textos específicos, o mais extenso abordando o tema das formas de governo (que não abordarei aqui). Maquiavel parece ter sido para Bobbio mais um autor de contraposição que de afirmação,

mais de citação que de dedicação aprofundada, mais pontual que influente, a despeito de sua importância dentro do pensamento político moderno.

Tentarei analisar, neste texto, a compreensão desenvolvida por Bobbio sobre Maquiavel vasculhando seus inúmeros textos publicados sobre a filosofia política, analisando as diversas citações do nome ou da obra (ou, ao menos, as mais sugestivas), referentes ao pensador florentino, como também seus textos mais extensos dedicados ao assunto. Não pretendo ser completo sob nenhum ponto de vista. Espero apenas que este texto sirva como um mapa inicial para um percurso que não deixa de ser interessante, sobretudo, talvez para quem se interesse pela tradição do pensamento político italiano moderno e contemporâneo. Pois que, de Maquiavel a Bobbio e de Bobbio a Maquiavel, tem-se as duas vias de uma ampla estrada possível para a genealogia do pensamento político italiano nos últimos quinhentos anos.

Recolhendo-se e lendo em conjunto diversas citações presentes em seus textos de filosofia política, pode-se perceber, claramente, como veremos, que a leitura geral que Bobbio apresenta de Maquiavel é aquela que passou à história com a alcunha de maquiavelismo (a mesma encontrada em De Sanctis ou em Croce). O primeiro aspecto descrito por Bobbio em relação ao pensamento político de Maquiavel consiste no fato dos textos políticos, deste autor, representarem uma grande novidade, uma verdadeira ruptura, com relação à tradição do pensamento político ocidental. Dissertando acerca da leitura gramsciana de Maquiavel, no texto "Gramsci na cultura italiana do pós-guerra" (de 1975), por exemplo, Bobbio escreve:

> Somente a teoria do partido novo nasce fora das reflexões sobre coisas da Itália: no entanto, mesmo neste caso Gramsci busca uma iluminação, que pode parecer surpreendente, na história da Itália. Esta iluminação, ele a encontra, como é sabido, em Maquiavel: o partido novo é o 'moderno príncipe'. Qual havia sido de fato o propósito de Maquiavel senão o de examinar 'como deve ser o príncipe para conduzir um povo à fundação do novo Estado'? Assim fazendo, Gramsci desvenda um aspecto do pensamento de Maquiavel que no debate sobre a 'autonomia da política' havia sido deixado na sombra: até Maquiavel, a filosofia havia se ocupado principalmente

> do modo como o poder é ou deve ser exercido. Maquiavel havia se proposto também o problema de saber como se pode conquistá-lo, que era afinal precisamente o problema do 'principado novo': o mesmo problema, mudados os tempos e as circunstâncias, do partido revolucionário[7].

Aqui importa menos destacar as ideias de Gramsci ou do marxismo em geral acerca de Maquiavel, mas entender que o interesse gramsciano por Maquiavel, segundo Bobbio, se refere a um problema que aparece, ao menos de uma forma plena, pela primeira vez na história do pensamento político ocidental com o autor de ***O príncipe***: a questão da conquista do poder, que se sobrepõe às velhas reflexões morais sobre a política. A questão da conquista do poder não se refere à questão do bem ou do mal, proposta inicialmente por Sócrates e levada à frente por todo o pensamento político antigo e depois cristão, mas a uma questão puramente prática. Maquiavel não se perguntava sobre a licitude ou a legalidade do poder, como se perguntavam Aristóteles e Platão, Agostinho e Tomás, e depois se perguntarão os autores contratualistas modernos, a começar por Grócio e Hobbes, mas acerca da sua efetividade. Rompendo sem hesitação com todos os pensadores, antigos e modernos, que se dedicaram à reflexão sobre as "repúblicas e principados que jamais foram vistos e que nem se sabe se existiram na verdade", como afirma no capítulo XV de seu famigerado opúsculo, Maquiavel seria o fundador de uma nova atitude intelectual diante da política, mais próxima do mundo terreno que do mundo lunar (como diria Aristóteles), dos homens que dos deuses (como diria Rousseau), da terra que do céu (como diria Hegel) ou dos fatos que das normas (como diria Kelsen). A afirmação da autonomia da política empreendida por Maquiavel seria compatível com a investigação da autonomia da natureza empreendida por Galilei. Aos juízos de valor do pensamento político grego e aos juízos de fé do pensamento político

7 N. Bobbio, ***Ensaios sobre Gramsci e o conceito de sociedade civi***l, trad. M.A. Nogueira/C.N. Coutinho, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1999, pp. 115-116. (Nesse livro, o texto aparece com o título de "Velho e novo em Gramsci".)

medieval, Maquiavel opõe os juízos de fato, que consagrarão, ao menos em parte, o pensamento político moderno. Esta novidade em relação ao pensamento político anterior aparece melhor relatada num outro trecho, retirado da "Introdução" ao livro ***Elogio da serenidade*** (de 1998), no qual Bobbio compara o pensamento de Maquiavel ao pensamento aristotélico e cristão, como pode-se ler abaixo:

> É bem conhecido que, na história do pensamento político, se encontram lado a lado dois conceitos de política contrastantes entre si: o aristotélico e depois cristão, por um lado, segundo o qual por 'agir político' se entende o agir visando ao bem da cidade ou ao bem comum, e, por outro lado, o realista, que se afirma por intermédio de Maquiavel, de Guicciardini e dos teóricos da razão de Estado, segundo o qual a esfera da política é autônoma com respeito à esfera da moral e a ação do estadista não pode ser julgada com base nas normas que regem e com as quais se julga a ação do homem comum[8].

Neste trecho, Bobbio destaca o fato de o pensamento político poder ser dividido, embora não perfeitamente, em duas grandes correntes chamadas de pensamento político idealista (ou deontológico, axiológico, normativo, valorativo, ideológico, etc.) e pensamento político realista (ou praxeológico, efetivo, descritivo, etc.). O primeiro inclui o pensamento político grego e o medieval, enquanto o segundo nasce, como grande contraponto àqueles, com Maquiavel (embora não somente com ele). Esta separação é, ao mesmo tempo, histórica e lógica: histórica porque se pauta pela separação clássica entre pensamento antigo-medieval e moderno, de um lado; e lógica, de outra, porque se refere a duas formas opostas de pensar a política, de um lado baseada na moral, de outra separadamente desta. A leitura bobbiana, desta forma, destaca Maquiavel como o verdadeiro promotor da separação antitética e irrevogável entre dois mundos lógica e historicamente contrastantes: o antigo-medieval e o moderno. O

8 N. Bobbio, ***Elogio da serenidade e outros ensaios morais***, trad. M.A. Nogueira, São Paulo, Unesp, 2002, p. 13.

distanciamento de Maquiavel em relação aos pensadores morais e cristãos é ainda lembrado no texto "Elogio da serenidade" (escrito em 1983 e publicado uma década depois), que pertence à última fase de reflexão bobbiana, em que são comparados Maquiavel (e Hegel) com Erasmo:

> Para completar estas notas, seria interessante consultar os livros do gênero literário dos ***Specula principis*** (espelhos dos príncipes), para fazer uma lista completa das virtudes consideradas como qualidades e prerrogativas de um bom soberano. Penso particularmente na ***Educação de um príncipe cristão*** [1515] de Erasmo (o anti-Maquiavel, a outra face do 'rosto demoníaco do poder'). Aqui estão as virtudes supremas do príncipe ideal: indulgência, amabilidade, eqüidade, civilidade, benevolência, mas também a prudência, a integridade, a temperança, a vigilância, a caridade, a honestidade – quase todas as virtudes que qualifiquei como 'fracas'. O príncipe cristão é o contrário do príncipe de Maquiavel e do herói de Hegel (grande admirador de Maquiavel)[9].

Bobbio não deixa de notar que a ruptura empreendida por Maquiavel em relação à concepção aristotélico-medieval não representou uma pá de cal na forma idealista de pensar a política, uma vez que as duas concepções antitéticas continuam sobrevivendo dialeticamente desde então. Menos que enterrar o pensamento moral sobre a política, Maquiavel apenas deu à luz a uma forma de pensar a política oposta àquela até então conhecida: aos pensadores de "repúblicas e principados que jamais foram vistos e que nem se sabe se existiram de verdade", como disse, opôs o estudo da "verdade efetiva das coisas". A persistência dos dois modelos é reconhecida, entre outras, nesta passagem do texto "Razão de Estado e democracia" (de 1991), que Bobbio, lembrando mais uma vez o modelo erasmiano, segue de perto um historiador alemão:

> Num conhecido livro, ***O rosto demoníaco do poder*** [1948], o historiador alemão Gerhard Ritter sustenta que estas duas orientações de

9 N. Bobbio, Elogio..., op. cit., p. 38 [também em N. Bobbio, ***O final da longa estrada – Considerações sobre a moral e as virtudes***, trad. L. Novaes, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2005, p. 66].

> pensamento estão bem representadas no início da era moderna: a realista por Maquiavel, a idealista por Thomas More, que descreve a República de Utopia onde reinam a mais perfeita paz e a mais perfeita justiça. As duas orientações da política amoral e da política moral teriam confluído, segundo Ritter, uma na Alemanha de Hitler, outra no processo de Nuremberg contra os criminosos nazistas e na instituição da ONU. De resto, não se deve esquecer que, nos mesmos anos em que Maquiavel escreve ***O príncipe***, considerado um exemplo não superado de política realista, Erasmo escreve ***A educação do príncipe cristão***, que pode ser considerado um exemplo igualmente puro de política idealista[10].

Neste trecho, aparecem os termos precisos com que se entende a separação empreendida por Maquiavel, em especial em ***O príncipe***, em relação às formas anteriores de pensar as questões do poder, seja na polis grega, na ***civitas*** romana ou nos ***reina*** medievais: a distinção básica seria aquela entre política moral e política amoral, que teria se reproduzido na distinção entre política de poder e política de direito (em que o nazismo e Nuremberg são apenas dois exemplos de grande efeito simbólico). A política moral é aquela que segue os ditames morais em sua formulação; a política amoral, aquela que representa a autonomia da política em relação à moral. A questão da autonomia da política, assim, é talvez a questão que mais vezes fez Bobbio lembrar (e citar) Maquiavel. A passagem mais cristalina é aquela que aparece na introdução de seu curso ***Direito e Estado no pensamento de Immanuel Kant*** (1957), dedicada à história do pensamento político moderno prévio a Kant, numa seção intitulada justamente "O maquiavelismo", na qual o filósofo turinense escreve o seguinte (definindo formalmente o que entende por maquiavelismo):

> Que se entende por maquiavelismo? O maquiavelismo é uma interpretação de ***O príncipe*** de Maquiavel, em particular a interpretação segundo a qual a ação política, ou seja, a ação voltada para a conquista e a conservação do Estado, é uma ação que não possui um fim próprio de utilidade e não deve ser julgada por meio de

10 N. Bobbio, Elogio..., op. cit., p. 93.

> critérios diferentes dos de conveniência e oportunidade. Em termos filosóficos modernos, fala-se que Maquiavel teria sido o descobridor da política como categoria independente, distinta da moral e da religião, o divulgador da autonomia da política, da política não como moral nem como imoral, mas como amoral. De qualquer maneira é certo que Maquiavel nos ensinou a julgar as ações do príncipe segundo a vantagem que oferece para o Estado, e não segundo seu valor moral; em outras palavras, segundo a conformidade aos fins da conquista e da manutenção do Estado, e seguramente não segundo a bondade intrínseca das mesmas[11].

O tema da autonomia da política, ou da política entendida como amoral, está intrinsecamente ligado ao tema do julgamento das ações humanas, sobretudo àquelas de caráter público, o que, por sua vez, coloca necessariamente a questão dos critérios de julgamento: quais seriam os critérios adequados para julgar a ação política? Os critérios morais e religiosos ou os critérios eminentemente políticos? Para compreender Maquiavel, Bobbio parte do ponto de vista da formação dos Estados modernos (considerando-o o tema principal de ***O príncipe***), segundo o qual os critérios morais ou cristãos, como a bondade, a liberalidade, a piedade, pouco ou nada podem acrescentar à tarefa da fundação ou manutenção de um Estado, contribuindo antes para a sua perda. Sob o ponto de vista da moral, a maior parte das ações políticas grandiosas seria julgada como meramente criminosa; sob o ponto de vista estritamente político, nenhum dos grandes Estados modernos, ou mesmo antigos, teria sido fundado ou

11 N. Bobbio, ***Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant***, trad. A. Fait, rev. E.R. Martins, Brasília, UnB, 1997, p. 14. No texto "Das possíveis relações entre filosofia política e ciência política" (de 1971), Bobbio escreve ainda: "A questão fundamental de Maquiavel, pelo menos em uma das interpretações ao seu pensamento, a única de resto que dá lugar a um 'ismo' (o chamado 'maquiavelismo'), é mostrar em que consiste a propriedade específica da atividade política e, de resto, distingui-la da moral e da religião" (***Teoria geral...***, ***op. cit.***, p. 72 [o texto homônimo publicado em N. Bobbio, ***O filósofo e a política – Antologia***, sel. e org. J.F. Santillán, trad. C. Benjamin/V. Ribeiro, Rio de Janeiro, Contraponto, 2003, pp. 57-62, é incompleto e não possui esta passagem]). No verbete "Política" de seu ***Dicionário de política*** (1976 [1ª ed.]; 1983 [2ª ed.]), Bobbio apresenta a mesma ideia, num tom um pouco menos resoluto: "A descoberta da distinção, que é atribuída, correta ou incorretamente, a Maquiavel, daí o nome de maquiavelismo a toda teoria da política que sustente e defenda a separação entre política e moral, é com freqüência tratada como problema da autonomia da política" (N. Bobbio, "Política", in N. Bobbio, N. Mateucci & G. Pasquino, ***Dicionário de política***, vol. 2, trad. C.C. Varrialle ***et al.***, Brasília, UnB, 1992, p. 961 [também em ***Teoria geral..., op. cit.***, p. 174]).

conseguiria se manter sem o que Maquiavel designa "emprego da crueldade". Portanto, o verdadeiro critério de julgamento das ações políticas não poderia ser outro, segundo Bobbio, que os da "conveniência e oportunidade", distantes, na maioria das vezes, tanto da moral quanto da religião. A questão da autonomia da política frente à religião e à moral no pensamento maquiaveliano está relacionada, portanto, principalmente, com o tema da fundação dos Estados absolutistas que precederam o Estado de direito moderno. A respeito, um pouco antes do trecho citado acima, no mesmo curso, lê-se a seguinte passagem:

> No movimento do absolutismo estatal é necessário levar-se em conta também aquela doutrina política que foi chamada, com sentido depreciativo, de maquiavelismo. O maquiavelismo, no seu significado mais próprio, é um aspecto da luta para a formação do Estado absoluto, quer dizer, do Estado sem limites. Até agora falamos do Estado cujo poder é absoluto no sentido jurídico, quer dizer, sem limites jurídicos (***legibus solutus***) [referindo-se a Hobbes e Bodin]. Mas podiam ser admitidos outros limites além dos jurídicos, como os religiosos e morais. Quando se proclamava que o príncipe estava acima das leis, geralmente, não se queria dizer com isso que ele estivesse também acima das leis divinas e morais. Por meio da teoria do maquiavelismo são quebrados também esses limites: o príncipe não é mais somente livre dos vínculos jurídicos, mas também (para usar uma expressão provocativa) além do bem e do mal, quer dizer, livre dos vínculos morais que delimitam a ação dos simples mortais. O maquiavelismo neste sentido é a exposição teórica mais audaciosa sobre o absolutismo do poder estatal[12].

A acentuação radical do tema da autonomia da política frente à religião e à moral no pensamento político maquiaveliano, ou, mais propriamente, no pensamento maquiavélico (que em grande parte não se confunde com o primeiro), leva Bobbio a entender Maquiavel como um autor impreterivelmente ligado à história do Estado absoluto. Nesse sentido, o tema do Estado absoluto como ligado a Maquiavel surge para Bob-

12 N. Bobbio, ***Direito e Estado..., op. cit.***, pp. 13-14.

bio como a defesa do Estado frente à moral e à religião para além de sua defesa frente ao direito, superando outras teorias similares. Que o Estado tenha proeminência sobre todas as outras formas de organização social, de forma absoluta, ou simplesmente, "sem limites", seria a descrição do conteúdo essencial da tese do maquiavelismo. Embora rios de tinta tenham sido gastos construindo a imagem do maquiavelismo, Bobbio – como um mestre da concisão – a apresenta em seus termos irredutíveis, sem necessariamente se preocupar em expor sua anuência ou não com relação à mesma. Preso a um conteúdo lógico (o amoralismo) e outro histórico (o absolutismo), o maquiavelismo ganha, nas mãos do filósofo piemontês, o elegante contorno de "exposição teórica mais audaciosa sobre o absolutismo do poder estatal"[13].

13 Embora a comprovação apresentada acima seja em si suficiente para atestar a leitura que Bobbio empreende a respeito do pensamento político de Maquiavel, sintetizada na fórmula do maquiavelismo, inúmeras outras passagens menores podem ajudar a solidificar essa afirmação, como a seguinte, do já citado texto "Ética e política", que remete a uma passagem das ***Histórias florentinas*** (escritas entre 1520 e 1525): "Quando Maquiavel atribui a Cósimo de Médici (e parece aprovar) a afirmativa de que os Estados não se governam com o ***pater noster*** nas mãos, demonstra considerar, e dá por admitido, que o homem político não pode desenvolver a própria ação seguindo os preceitos da moral dominante, que em uma sociedade cristã coincide com a moral evangélica" (N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, p. 178 [também em ***Elogio..., op cit.***, p. 50; ***O filósofo..., op. cit.***, p. 157; e ***O final..., op. cit.***, p. 12]). Em outra afirmação, do mesmo texto, em que se aproximam Maquiavel e Croce, Bobbio assevera o seguinte, iniciando com uma citação do segundo: "'Uma outra manifestação da vulgar inteligência acerca das coisas da política é a petulante exigência que se faz de honestidade na vida política'. Depois de ter dito que se trata do ideal que canta no ânimo de todos os imbecis, [Croce] explica que 'a honestidade política nada mais é que a capacidade política'. A qual, acrescentamos nós, é aquela à qual Maquiavel chamava ***virtù***, que, como todos sabem, nada tem a ver com a virtude da qual se fala nos tratados de moral, a começar pela ***Ética a Nicômaco***, de Aristóteles" (N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, p. 180 [também em ***Elogio..., op cit.***, p. 53; ***O filósofo..., op. cit.***, pp. 159-160; e ***O final..., op. cit.***, pp. 15-16]). Vejam-se ainda outras citações, como esta, retirada do texto "A resistência à opressão, hoje" (de 1973): "Mas o problema [do poder] pode ser considerado de dois pontos de vista distintos, ou mesmo opostos: ***ex parte principis*** ou ex parte populi. Maquiavel ou Rousseau, para citar dois símbolos [respectivamente]" (N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, p. 252 [também em N. Bobbio, ***A era dos direitos***, trad. C.N. Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 143]); ou esta, do já citado texto "A política": "Quando Maquiavel, no famoso capítulo XVIII de ***O príncipe***, descreve as qualidades que deve ter quem tem em mãos o destino de um Estado, afirma que esse alguém deve combinar ao mesmo tempo as qualidades do leão e da raposa, isto é, a força e a astúcia: são duas qualidades que nada têm a ver com o fim do bem comum, mas concernem exclusivamente ao objeto imediato de conservar o poder, independentemente do uso público ou privado que desse poder o governante demonstre querer fazer" (N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, p. 219 [também em ***O filósofo..., op. cit.***, pp. 146-147]); ou mesmo a seguinte, encontrada no texto "A democracia dos modernos comparada à dos antigos (e à dos pósteros)", que pertence ao mesmo ano do texto anterior (1987): "Quando Maquiavel escreve que onde está em jogo a saúde da pátria 'não cabe qualquer consideração, nem de justo nem de injusto', porque o que conta 'posposto qualquer outro respeito' é 'seguir de todo aquele partido que lhe salve a vida e mantenha a liberdade', refere-se à liberdade do Estado e não à liberdade dos cidadãos; aliás 'posposto qualquer outro respeito' significa também 'posposto o respeito' à liberdade dos cidadãos" (N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, p. 385-386 [também em: N. Bobbio, ***Três ensaios sobre a democracia***, trad. S. Bath, rev.

No ideário do maquiavelismo, a questão específica da autonomia da política, ligada à questão geral do absolutismo, desemboca inevitavelmente no tema da razão de Estado. Não por outro motivo, este é outro dos temas mais importantes que Bobbio vincula a Maquiavel. Na introdução do citado curso, dedicado ao pensamento jurídico e político kantiano, Bobbio alinha o maquiavelismo ao tema da razão de Estado da seguinte maneira:

> O maquiavelismo assim entendido chega a fazer parte da teoria da razão de Estado, que acompanhou a consolidação do Estado absoluto. Com a expressão 'razão de Estado' deve ser entendido que o Estado tem as suas próprias razões que o indivíduo desconhece. Em nome de tais razões, o Estado pode agir de maneira diferente daquela pela qual o indivíduo deveria comportar-se nas mesmas circunstâncias. Em outras palavras, a moral do Estado, ou seja, daqueles que detêm o poder supremo de um homem sobre os outros homens, é diferente da moral dos indivíduos. O indivíduo tem obrigações que o soberano não tem. A teoria da razão de Estado é portanto uma outra maneira de afirmar o absolutismo do poder do soberano, o qual não está obrigado a obedecer nem às leis jurídicas nem às leis morais[14].

O tema da razão de Estado, ao menos em seu aspecto doutrinário mais completo, não nasce com Maquiavel, devendo-se, em verdade, ao pensamento jurídico do século XVII. A necessidade de desenvolver uma doutrina política que congregasse legitimidade ao poder absoluto dos Es-

---

L. Gebrim, São Paulo, Cardim & Alario, 1991, p. 55; e ***O filósofo..., op. cit.***, pp. 255]); ou ainda esta (talvez a mais recente, próxima de sua morte), que pertence a um diálogo com o historiador republicano M. Viroli, realizado em 2000 e publicado em livro, onde Bobbio afirma: "Temor e respeito estão estreitamente ligados à questão do segredo do poder. O poder quer ser temido e respeitado. O temor e o respeito estão atados. O seu [de Viroli] Maquiavel define Aníbal como 'venerando e terrível'. Também Stalin era terrível e venerando. São os dois vultos do poder, dois vultos inseparáveis. Se você pensar no mais terrível dos poderosos, Stalin, não pode negar que era também venerando. Quantos milhões e milhões de homens no mundo inteiro o veneraram? A descrição que Maquiavel faz de Aníbal me parece muito adequada para dar a idéia do poder na sua forma mais perfeita: Venerando e terrível" (N. Bobbio & M. Viroli, Diálogo em torno da república – Os grandes temas da política e da cidadania, trad. D.B. Versiani, Rio de Janeiro, Campus, 2002, pp. 107-108 [também publicado como: N. Bobbio & M. Viroli, ***Direitos e deveres na república – Os grandes temas da política e da cidadania***, trad. D.B. Versiani, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 108]).

14 N. Bobbio, ***Direito e Estado..., op. cit.***, pp. 14-15.

tados modernos recém unificados, tanto frente a seus súditos quanto a outros Estados, embora fosse uma preocupação presente em Maquiavel, não existia ainda como forma de pensamento organizada no século XVI (sendo uma obra como ***Ragione di Stato***, de G. Botero, publicada em 1589, antes uma exceção que uma regra ao pensamento quinhentista). Como disse anteriormente, o tema central de Maquiavel é menos a legitimidade (e ainda menos a legalidade) que a efetividade do poder. Como o próprio Bobbio sempre lembra, o século de Maquiavel também foi o século de Erasmo e More, do príncipe cristão e da república utópica. O fato de Maquiavel ter sido considerado secularmente como um teórico da razão de Estado se deve em grande parte à repetição da frase ciceroniana ***Salus civitas suprema lex est*** (***De legibus***, III, 3) feita no capítulo XLI do livro III dos ***Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio*** (1513-1517), da qual Bobbio se lembra na já citada "Introdução" ao livro ***Elogio***..., onde se lê:

> Do mesmo modo, eu não me sentiria muito seguro em considerar que a teoria da razão de Estado, interpretada como a forma perversa da política, não tem precedentes históricos. O núcleo dessa doutrina está todo na famosa máxima, de origem ciceroniana, ***Salus rei publicae suprema lex***, que o próprio Maquiavel – precisamente o Maquiavel que estaria, segundo [o historiador italiano Maurizio] Viroli, fora da teoria da razão de Estado – faz na sua passagem dos ***Discursos*** (e não do famigerado ***O príncipe***), em que afirma que quando a salvação da pátria está em questão 'não se deve fazer qualquer consideração a respeito do que é justo ou injusto'[15].

Pode-se dizer que desconsiderar Maquiavel como teórico da razão de Estado consiste numa posição formalista ou preciosista, uma vez que parte do ponto verídico segundo o qual a chamada teoria da razão de Estado consiste precisamente numa teoria jurídica posterior a Maquiavel, contida principalmente no século XVII, ligada a nomes como G. Botero, G. Naudé. Um estudo introdutório do tema foi escrito por F. Meinecke: ***Idee de Staatsräson in der neueren Geschichte*** (1924). Aqueles que excluem

15 N. Bobbio, ***Elogio..., op. cit.***, p. 15.

Maquiavel da teoria razão de Estado possuem, portanto, suas razões. Bobbio, todavia, está entre aqueles que consideram Maquiavel como o grande fautor moderno de tal teoria, inspirador dos demais, o que pode ser considerado verdadeiro tomando-se em conta justamente a doutrina do maquiavelismo. A expressão ***Salus rei publicae suprema lex***, a qual pode ser considerada núcleo da teoria da razão do Estado (embora se trate de uma expressão tão imprecisa que se encontra em praticamente todos os pensadores políticos modernos, de Maquiavel a Pascal, de Hobbes a Kant, etc.), contudo, fortalece o argumento bobbiano, dando conteúdo substantivo a uma posição que de outra forma não poderia ser considerada senão ideológica. Também aqui, Bobbio, que sempre combateu vivamente as psicoes meramente ideológicas, não perde o passo: de fato, a consideração da máxima ***Salus rei publicae suprema lex***, tão maquiaveliana (por ter sido realmente expressa por Maquiavel) quanto maquiavélica (por ter servido de mote à doutrina do maquiavelismo), como válida para a teoria da razão de Estado não deixa de consubstanciar fortemente, para todos os efeitos, a interpretação bobbiana do maquiavelismo como teoria da razão de Estado (ou pelo menos aquela que teria sido a contribuição maquiaveliana a tal teoria). Entendido dessa forma, o tema da razão de Estado, abordado em função de Maquiavel, não será esquecido por Bobbio em nenhuma fase das suas pesquisas sobre o pensamento político moderno. O tema é extensamente considerado num texto de 1998, intitulado "Ética e política" (que possui mais de uma versão), talvez o texto bobbiano mais extenso a respeito do tema. Um primeiro trecho aponta o seguinte:

> Pode-se porém acrescentar uma terceira razão: somente no século XVI a oposição [entre ética e política] é assumida como problema também prático, e só então surge a preocupação de dar-lhe alguma explicação. O texto canônico, uma vez mais, é ***O príncipe***, de Maquiavel, em particular o capítulo XVIII, que começa com estas palavras fatais: 'Quanto seja louvável em um príncipe manter a fé, vivendo com integridade e não com astúcia, qualquer um compreende: não obstante, a experiência mostra que, em nossos tempos, fizeram grandes coisas aqueles príncipes que a fé tiveram em pouca conta'. A chave de tudo é a expressão 'grandes coisas'. Se

> começarmos a discutir acerca da ação humana, não do ponto de vista dos princípios, mas do ponto de vista das 'grandes coisas', isto é, do resultado, então o problema moral muda completamente de aspecto, invertendo-se radicalmente. O longo debate sobre a razão de Estado é um comentário, que durou séculos, a esta afirmação peremptória e incontestavelmente verídica: na ação política contam não os princípios, mas as grandes coisas[16].

O trecho acima permite compreender que, para Bobbio, a importância de Maquiavel para elaboração da doutrina da razão de Estado se deve ao seu deslocamento da discussão política dos princípios, comum entre os pensadores antigos e cristãos, para o "ponto de vista das 'grandes coisas', isto é, do resultado". Ou seja, mais uma vez tem-se em questão o deslocamento que Maquiavel teria empreendido da discussão política em termos morais para os termos estritamente políticos ou "práticos", dos juízos de valor e juízos de fé para os juízos de fato; resumindo, do idealismo para o realismo. No mesmo texto, mais à frente, Bobbio relaciona Maquiavel com outros grandes pensadores realistas:

> Em uma linha descendente, isto é, percorrendo o nosso caminho às avessas, a última variação, ou seja, a ética da responsabilidade, está ligada à precedente, a doutrina maquiavélica, segundo a qual conta no juízo político a competência do meio para a realização do fim, independentemente da consideração dos princípios. Esta, por sua vez – considerada a 'saúde da pátria', o fim último da ação política, do qual depende o juízo sobre a bondade ou não das ações individuais com base na maior ou menor conformidade ao fim último –, remete imediatamente à solução que a precede, aquela de Hegel, não por acaso, como foi dito, admirador de Maquiavel, segundo o qual o Estado (a 'pátria' dos ***Discorsi*** e da ***res publica***, da afirmativa transmitida pela moral política tradicional) tem uma sua razão de ser 'concreta', que é afinal a 'razão de Estado' dos escritores políti-

16 N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, p. 183 [também em ***Elogio..., op cit.***, p. 57]. O texto publicado neste livro é maior, com excertos acrescentados por M. Bovero, não existindo esta passagem em ***O filósofo..., op. cit.***, pp. 157-178; nem em ***O final..., op. cit.***, pp. 49-84 (cujos textos publicados são idênticos). O trecho aparece também numa versão menor escrita preliminarmente, publicada em português em N. Bobbio, "Ética e política", trad. M.T. Del Roio, ***Lua Nova***, n. 25, São Paulo, CEDEC, 1992, p. 133.

> cos que observam e comentam o nascimento e o crescimento do Estado moderno, e essa razão concreta vale como princípio exclusivo da ação do soberano e, portanto, do juízo positivo ou negativo que se possa emitir sobre ela[17].

O que Bobbio pretende dizer a partir da ordem dita "descendente" (referindo-se à exposição feita em seu próprio ensaio) da história da filosofia política é, colocando os termos em ordem cronológica, que tanto a ética da responsabilidade (referindo-se a Weber) quanto a "concretude" da razão de Estado (referindo-se a Hegel) têm sua descendência ancorada no pensamento político maquiaveliano, ou melhor, no maquiavelismo. Em outras palavras, tanto é verdade a expressão que relaciona Maquiavel a Weber quanto a expressão que o relaciona a Hegel. Não é à toa que Maquiavel é citado – elogiosamente – tanto pelo primeiro, na conferência sobre "A política como vocação" (proferida em janeiro de 1919), quanto pelo jovem Hegel, em ***A constituição da Alemanha*** (escrita entre 1801-1802), dois pensadores políticos inveteradamente realistas. Da mesma forma que Maquiavel seria citado por praticamente todos os pensadores realistas desde o século XVI em diante: pensemos em Bodin, Espinosa, Vico, Marx, Schopenhauer, Nietzsche, Pareto, Schmitt, Croce, Gramsci, etc. Entretanto, ainda no mesmo e importante texto, Bobbio volta a tratar do assunto da razão de Estado, precisando sua raiz histórica como tendo origem no século imediatamente posterior a Maquiavel (embora neste buscasse, e encontrasse, alguma fonte). Bobbio explica:

> Os teóricos da razão de Estado, que floresceram ao longo do século XVII, aos quais se deve a mais intensa e contínua reflexão sobre o tema das relações entre política e moral, eram com freqüência juristas, e foi para eles natural aplicar à solução do problema, que Maquiavel colocara na ordem do dia com uma solução claramente dualista, como veremos em seguida, o princípio bem conhecido para os juristas da derrogação por circunstâncias excepcionais em

17 N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, pp. 197-198 [também em ***Elogio..., op cit.***, p. 76; ***O filósofo..., op. cit.***, p. 172; e ***O final..., op. cit.***, p. 43].

> estado de necessidade. Desse modo, conseguiram salvaguardar o princípio do código moral único e, ao mesmo tempo, oferecer aos soberanos um argumento, para suas ações cumpridas com violação daquele código único, que servia para encobrir aquele 'vulto demoníaco do poder' que Maquiavel havia com escândalo revelado[18].

De fato, a questão da razão de Estado, como já dito, embora possa ser considerada como tendo início modernamente, ainda que em estado germinal, em Maquiavel, nasceu e desenvolveu-se de forma mais completa no século XVII. O tema da razão de Estado, sempre em conjunção com Maquiavel, entretanto, é tão importante para Bobbio que o acompanhará para além da discussão da formação dos Estados modernos e da instituição dos Estados absolutos, reaparecendo em sua discussão da forma de governo democrática. No texto "Democracia e sistema internacional", por exemplo, Bobbio afirma:

> No que diz respeito à propriedade moral das ações exercidas naquela situação de necessidade ou de exceção em que se encontra todo Estado, e portanto também o Estado democrático, no universo de um sistema em que a ameaça e o uso recíproco da força constituem a regra, basta recordar a célebre passagem de Maquiavel, considerada como fundamental na teoria da 'razão de Estado': 'Quando se delibera sobre a salvação da pátria, não deve caber qualquer consideração de justiça ou injustiça, de piedade ou crueldade, de louvor ou ignomínia; ao contrário, acima de qualquer outra obrigação deve-se seguir totalmente o partido que lhe salve a vida e mantenha a independência' (***Discursos...***, III, 41). Neste contexto, 'acima de qualquer outra obrigação' significa acima do respeito de todos

18 N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, p. 187 [também em ***Elogio..., op cit.***, pp. 62-63; ***O filósofo..., op. cit.***, p. 164; ***O final..., op. cit.***, pp. 26-27]. Em ***Sociedade e Estado na filosofia política moderna*** (1979), Bobbio lembra de Maquiavel exatamente ao relacionar um pensador político realista do século XVII como Espinosa à razão de Estado: "O indivíduo pode encontrar refúgio no Estado. Mas o Estado? O Estado ou é potente (e, portanto, autônomo) ou não é nada: mas, para ser potente e autônomo, deve seguir os ditames da razão. O Estado-potência é também, ao mesmo tempo, o Estado-razão. Spinoza aprendeu bem a lição do 'agudíssimo', do 'sábio' Maquiavel, de quem é um admirador, e transformou-a num fragmento de uma das mais coerentes (e impiedosas) concepções do homem jamais imaginadas. As razões do Estado são, no final das contas, as razões da razão: a racionalização do Estado se converte na estatização da razão, e a teoria da razão de Estado se torna a outra face da teoria do Estado racional" (N. Bobbio & M. Bovero, ***Sociedade e Estado na filosofia política moderna***, trad. C.N. Coutinho, rev. O. Lombardi/M.S.C. Corrêa, São Paulo, Brasiliense, 1996 [1986, 1994], pp. 90-91).

> os valores que fazem da ordem interna uma ordem civil, principalmente o valor da liberdade[19].

Também pode-se ler, no texto "Por que democracia?" (de 1976), o seguinte:

> Uma máxima tão comprovada que toda a história da filosofia política pode ser considerada uma longa, contínua e atormentada reflexão sobre um tema: como limitar o poder? Uma das formas (não a única) é o controle popular que o método democrático permite pôr em prática. A propósito, podemos fazer outra citação obrigatória (que agradava a Carlo Cattaneo). Maquiavel dizia que se deve 'ordenar o Estado de modo que por si mesmo se administre', e sentenciava: 'Nem existe outra forma de fugir destes males que agir de modo que as ordens da cidade por si mesmas possam ser controladas: e estarão sempre controladas quando cada um nelas tiver posto as mãos e quando cada um souber o que fazer e em quem confiar' [trecho do ***Discursus florentinarum rerum post mortem iunioris Laurentii Medices***, de 1519][20].

Percebe-se claramente nestes dois trechos que a relação estabelecida por Bobbio entre a razão de Estado e a democracia é de antítese: a democracia, entendida como doutrina da primazia dos direitos do indivíduo (em especial o direito à liberdade) sobre o poder do Estado, é antitética (embora não seja "a única" antítese) à razão de Estado, entendida como doutrina da primazia do poder do Estado sobre os direitos dos indivíduos. Em outras palavras, enquanto a razão de Estado, sobretudo aquela ligada

19 N. Bobbio, ***Três ensaios..., op. cit.***, p. 73 [também em N. Bobbio, ***O futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo***, trad. M.A. Nogueira, rev. M.A. Corrêa/D. Scofano, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2000, p. 203; e ***O filósofo..., op. cit.***, pp. 362-363].

20 N. Bobbio, ***Qual socialismo? – Debate de uma alternativa***, trad. I.S. Freaza, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1983, p. 85. Bobbio relembra esta passagem, quase ***ipsis literis***, num pequeníssimo trecho de ***Entre duas repúblicas*** (1996), onde se lê: "Lendo Cattaneo, apreendi uma frase pouco notória de Maquiavel, que ele [Cattaneo] amava repetir, adaptando-a a sua idéia de autonomia: se um povo quer manter a liberdade, 'cada qual deve sustê-la com as próprias mãos'. Quantas vezes eu também a repeti, insistindo naquele 'cada qual'" (N. Bobbio, ***Entre duas repúblicas – Às origens da democracia italiana***, trad. M.M. Bellati, Brasília, UnB, São Paulo, Imprensa Oficial, 2001, p. 108).

ao maquiavelismo, consiste na doutrina do poder sem limites, a democracia concerne em grande parte à doutrina da limitação do poder.

Disse acima, todavia, acompanhando Bobbio, que a razão de Estado em Maquiavel é encontrada principalmente na repetição que o pensador florentino faz da máxima ciceroniana ***Salus rei publicae suprema lex***, que teria servido como uma luva para a defesa da formação dos Estados territoriais modernos. Mas uma outra forma que Bobbio utiliza para elaborar o mesmo tema é a questão da relação entre meios e fins na política. Num texto de 1987, chamado "A política", pode-se ler o seguinte (num longo, mas interessante trecho):

> Considera-se que o tema [da relação entre política e moral] na sua forma mais aguda tenha nascido com a formação dos grandes Estados territoriais modernos nos quais, através da conduta dos detentores do poder, a política se revela cada vez mais o lugar no qual se exerce a vontade de potência, em um teatro bem mais vasto e portanto bem mais visível do que aquele das contendas pessoais e dos conflitos da sociedade feudal. Não é por acaso que o primeiro escritor político a apresentar o problema com máxima clareza tenha sido Nicolau Maquiavel, que escreve o seu tratado sobre o príncipe no início de um século durante o qual se desenvolve o grande conflito entre a França e o Império e explodem as guerras religiosas que cobrirão de sangue a Europa durante muitas décadas. No já citado capítulo XVIII de ***O príncipe***, Maquiavel coloca o problema se o homem de Estado é obrigado a respeitar os pactos. O princípio de que os pactos devem ser observados, as promessas mantidas, é um princípio fundamental da moral. Maquiavel não tem dúvidas sobre esse ponto. Mas observa que fizeram 'grandes coisas' os príncipes que esse princípio tiveram em pouca conta. Qual é o dever ao qual são chamados os príncipes (onde por 'príncipe' entende-se genericamente qualquer detentor do sumo poder político)? Manter os pactos ou fazer 'grandes coisas'? E se, para manterem os pactos, não conseguirem fazer grandes coisas, podem ser considerados bons políticos? Se para ser considerados bons príncipes devem violar as normas da moral, a partir disso não se conclui que moral e política, pelo menos do ponto de vista do critério de juízo sobre aquilo que é um bem e aquilo que é um mal, não coincidem? Na conclusão do mesmo capítulo, Maquiavel expõe claramente o seu pensamento ao afirmar que para julgar a bondade ou a maldade de uma ação

> política é preciso olhar o fim, e formula a seguinte máxima: 'Faça portanto um príncipe de modo a vencer e manter o Estado: e os meios serão sempre julgados honrados, e por todos louvados'. Qual é, então, o fim do homem político? É a vitória contra o inimigo e depois da vitória, a conservação do Estado assim conquistado. Para alcançar esse fim, ele deve utilizar todos os meios adequados. Entre esses meios adequados também está aquele de não respeitar os pactos? Ora, não respeitar os pactos torna-se para ele não só uma conduta lícita mas obrigatória. Remonta a essas páginas a máxima que presidiria a ação política, distinguindo-se da ação moral: o fim justifica os meios"[21].

Citando a mais controvertida passagem do texto maquiaveliano (onde muitos leram uma frase que Maquiavel nunca escrevera), Bobbio mais uma vez apresenta a questão em seus termos irredutíveis: o fato é que a moral e a política se baseiam em critérios opostos. Para a moral, o critério preponderante é o juízo de valor, segundo o qual os pactos devem ser observados, independentemente dos fatos; enquanto, para a política, o critério que tem preponderado, ao longo da história, é o juízo de fato, conforme o qual a observação dos pactos depende da circunstância e da conveniência. Em outras palavras, se, para a ação moral, os fins não podem ser utilizados como escusa para o emprego de certos meios, para a ação política, não há melhor preceito que a máxima (que resume como nenhuma outra o maquiavelismo) segundo a qual os fins justificam os meios. Não por outro motivo, tal máxima é imputada, ao longo dos séculos, a Maquiavel, de acordo com a concepção de que este seria, mais que qualquer outro, o fautor da separação entre moral e política no âmbito do pensamento político moderno. Contudo, Bobbio tem ciência de que a expressão que serve de base a tais colocações não pertence propriamente a Maquiavel (a não ser em traduções errôneas), como se vê neste trecho do mesmo e importante texto "Ética e política":

---

21 N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, pp. 227-228 [também em ***O filósofo..., op. cit.***, p. 140]. Bobbio já havia tratado da mesma questão, abordando especificamente o tema da guerra, com farta citação de Maquiavel, também na conferência "Moral e guerra" (1982), publicada em N. Bobbio, ***O terceiro ausente – Ensaios e discursos sobre a paz e a guerra***. org. P. Polito, trad. D. Versiani, rev. F. Diehl/V.B. Junqueira, Barueri, SP, Manole, 2009, pp. 221-226 (capítulo 15).

> Mesmo que a máxima 'O fim justifica os meios' não esteja literalmente em Maquiavel, costuma-se considerar equivalente a passagem do capítulo XVIII de ***O príncipe*** na qual, ao colocar o problema se o príncipe deve respeitar os pactos (o princípio ***pacta sunt servanda***, os pactos devem ser observados, é um princípio universal qualquer que seja seu fundamento, religioso, racional, utilitarista, etc.), responde que os príncipes que realizaram 'grandes coisas' em pouca conta os tiveram. Torna-se evidente, a partir dessa passagem, que aquilo que conta na conduta do Estado é o fim, a 'grande coisa', e a realização do fim torna lícitas ações, tais como não observar os pactos estabelecidos, condenadas pelo outro código, o código moral, ao qual devem obedecer os comuns mortais. Aquilo que não parece evidente, contudo, é em que consistem as grandes coisas. Mas uma primeira resposta pode ser encontrada no mesmo capítulo, quase ao final, onde importante para o príncipe é 'vencer e manter o Estado'[22].

Ainda, no texto "Ética e política", Bobbio escreve:

> Uma solução dualística [para a relação entre ética e política], não mais apenas aparente mas real, é aquela que passou à história com o nome de 'maquiavélica', porque, com ou sem razão, costuma ser atribuída ao autor de ***O príncipe***. Aqui o dualismo funda-se na distinção entre dois tipos de ações, as ações finais que têm valor intrínseco, e as ações instrumentais, que só têm valor enquanto servirem para alcançar um fim considerado, e apenas ele, como tendo valor intrínseco. Enquanto as ações finais, denominadas boas em si, tal como socorrer o sofredor, e em geral todas as tradicionais 'obras de misericórdia', são julgadas por si mesmas enquanto ações 'desinteressadas', que exatamente são cumpridas sem nenhum outro interesse senão aquele de cumprir uma ação boa, as ações instrumentais, ou boas para além de si, são julgadas com base na sua maior ou menor idoneidade na realização de um fim[23].

22 N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, p. 194 [também em ***Elogio..., op cit.***, p. 72; ***O filósofo..., op. cit.***, p. 170; e ***O final..., op. cit.***, p. 38].

23 N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, p. 193 [também em ***Elogio..., op cit.***, p. 70; ***O filósofo..., op. cit.***, p. 169; e ***O final..., op. cit.***, pp. 35-36].

Neste trecho, a doutrina da separação entre política e moral, analisada do ponto de vista da relação entre meios e fins, aparece com uma linguagem mais formal (a la Kant), na qual como ações ditas morais são consideradas aquelas que possuem valor finalístico ou intrínseco, enquanto as ações ditas políticas são consideradas como pertencentes ao grupo das ações de valor instrumental ou subsidiário. Sendo as primeiras da mesma natureza das ações religiosas, enquanto as segundas, da mesma natureza que as ações técnicas ou profissionais (como as ações médicas, jurídicas, etc.). Por fim, pode-se perceber que, num dado momento, o próprio Bobbio sentiu necessidade de relativizar essa velha máxima maquiavélica. Discutindo a importância do método democrático, no já citado texto "Por que democracia?" (de 1976), escreve:

> O problema que me interessa neste momento é o do condicionamento que os meios exercem sobre o fim. Acredito que os meios não lhe sejam de forma alguma indiferente. A máxima 'o fim justifica os meios' deveria ser corrigida desta forma: 'o fim justifica os meios que não modificam, corrompendo-o, o fim'. A máxima nua e crua 'o fim justifica os meios' combinava bem com o príncipe de Maquiavel, cujo objetivo, pura e simplesmente, era a conquista e conservação do poder (mesmo se depois o próprio Maquiavel tenha sido obrigado a distinguir entre a 'crueldade bem usada', de Agatocles de Siracusa, e a 'mal usada', de Oliverotto da Fermo). Mas também combina com o novo príncipe que se propõe, como fim, o de instaurar uma sociedade mais livre, mais justa, mais humana?[24].

Acerca da questão dos meios e fins, Bobbio utiliza Maquiavel ainda de duas maneiras. Primeiro para criticar o comunismo, o qual, na Itália, por muito tempo, se preocupou unicamente com a conquista do poder (o fim) e não com a sua manutenção (o meio) – tema desenvolvido extensamente pelo autor em ***Qual socialismo?*** (1976) e no debate publicado como

24 N. Bobbio, ***Qual socialismo?..., op. cit.***, p. 88. Um pequeno texto que discute especificamente este ponto de vista bobbiano é "Os fins justificam os meios?", publicado na imprensa italiana em 18 de junho de 1978 (in N. Bobbio, ***As ideologias e o poder em crise – Pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e terceira força***, trad. J. Ferreira, Brasília, UnB, 1994, pp. 108-112).

O marxismo e o Estado (1979) –, como se pode ler num trecho presente no capítulo IV de sua Autobiografia (1977), intitulado "Diálogo com os comunistas", no qual se diz o seguinte:

> Em suma: falta à teoria política marxista uma doutrina do exercício do poder, enquanto está amplamente desenvolvida a teoria da conquista do poder. Ao velho príncipe Maquiavel ensinou como conquistar e manter o Estado, ao novo príncipe, o partido da vanguarda do proletariado, Lênin ensina exclusivamente como conquistá-lo[25].

Assim como no capítulo VI da mesma ***Autobiografia***, intitulado "Batalhas políticas", em que Bobbio adjuca Maquiavel (ao lado de Gramsci) entre os teóricos de uma concepção totalizante da história, escrevendo o que segue:

> Para caracterizar em uma palavra essa diferença, falarei de uma concepção laica de história em oposição a uma concepção totalizadora de história, onde por concepção laica se entende que a história não é apenas feita pelos homens, mas para ser realmente humanizada não deve ser concebida como feita por homens que acreditam estar de posse, como deuses, de uma verdade absoluta que se impõe também aos recalcitrantes, onde não há mais lugar para os príncipes, nem para o velho príncipe ao qual Maquiavel confiara a tarefa de libertar a Itália do 'bárbaro domínio', nem para o novo príncipe ao qual Gramsci confiava a tarefa de transformar a sociedade[26].

Por fim, Bobbio ainda utiliza Maquiavel para criticar aqueles pensadores que, partindo de uma concepção antropológica pessimista – tema com o qual termino a análise do maquiaveliasmo na obra bobbiana (o qual consiste, como vimos, numa interpretação mais devido à leitura de ***O***

25 N. Bobbio, ***Diário de um século – Autobiografia***, org. A. Pappuzzi, trad. D.B. Versiani, Rio de Janeiro, Campus, 1998, p. 112. (Este trecho aparece identicamente no texto "Ainda sobre o stalianismo", de 1956, ***in*** N. Bobbio, ***Nem com Marx, nem contra Marx,*** org. C. Violi, trad. M.A. Nogueira, São Paulo, Unesp, 2006, pp. 93-94.)

26 N. Bobbio, ***Diário..., op. cit.***, p. 183.

príncipe que dos Discursos...[27]) –, acabam por constituir um pensamento político conservador, como se pode ler num texto anterior, intitulado "Existe uma doutrina marxista do Estado?" (de 1975), em que Bobbio escreve o seguinte:

> Os realistas foram, geralmente, conservadores que justificaram o Estado-força como um mal necessário, partindo de uma concepção pessimista do homem. Os dois maiores escritores políticos do Renascimento, Maquiavel e Lutero, são realistas e pessimistas: o Estado não pode ser fundamentado senão sobre a força (ou o engano) porque está associado a súditos indóceis e traiçoeiros[28].

Ou no texto "Em torno a um juízo sobre Giovanni Gentile" (1975), onde se lê, num certo trecho, o seguinte:

> Os escritores reacionários são aqueles que, bem mais do que os reformadores ou os revolucionários, vão atrás da 'verdade efetiva

27 Sobre os ***Discursos***..., e outras obras maquiavelçisnas, o padrão de citação bobbiano é menor e mais disperso, como no seguinte trecho, de valor metodológico, do texto "O bom governo" (1983): "Por isso Maquiavel lia Lívio, para dele extrair, como escreve no proêmio, 'aquela utilidade pela qual se deve buscar a cognição das histórias'. E depois de alguns séculos, pela mesma razão, Gramsci lerá Maquiavel, e nós e os nossos pósteros leremos Gramsci e Maquiavel e Lívio" (N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, p. 213); ou nestes trechos, de valor terminológico: "Todas essas obras, e tantas outras que poderiam ser citadas, usam o termo revolução em um sentido muito genérico para cobrir o vasto campo da mudança política em todas as suas formas, com um significado não diferente do significado do termo 'mutação' que Maquiavel usara quando falou das 'mutações da liberdade à servidão, e da servidão à liberdade' em um dos capítulos dos ***Discorsi*** (capítulo 7, livro III)" (texto "Reformas e revolução", de 1979) (N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, p. 584 [também em ***O filósofo..., op. cit.***, p. 391]); "Para justificar a não-correspondência do nome à coisa recorreu-se repetidamente ao expediente de distinguir o verdadeiro povo do falso povo, o ***démos*** do ***óchlos***, o ***populus*** da ***plebs***, o ***peuple*** da ***populace***, introduzindo-se uma distinção maior, aquela entre uma parte boa e uma parte má da sociedade, sobre a qual sempre esteve fundada a legitimidade dos governos aristocráticos. Nas ***Histórias florentinas***, Maquiavel escreve: 'Em Florença em primeiro lugar dividem-se entre si os nobres, depois os nobres e o povo, e em último lugar o povo e a plebe'" (texto "A democracia dos modernos...") (N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, p. 380 [também em ***Três ensaios..., op. cit.***, p. 49; e ***O filósofo..., op. cit.***, p. 250]); "Tal como durante séculos se considerou que apenas poucos tinham o direito de participar ativamente da vida das suas cidades – não nos deixemos enganar pela palavra 'povo', que sempre significou não a totalidade dos habitantes, mas apenas aquela parte que gozava do direito de decidir ou de eleger quem deveria decidir por ela, tanto que Maquiavel distinguia em Florença as divisões entre os nobres, as divisões entre os nobres e o povo, e a divisão essencial entre o povo e a plebe (a ***populace*** dos franceses, o ***Pöbel*** dos alemães) –, do mesmo modo, durante séculos, se continuou a considerar que as instituições democráticas, mesmo tão restritas, seriam possíveis apenas nos pequenos Estados" (texto "Democracia e Europa") (N. Bobbio, ***Teoria geral..., op. cit.***, p. 420).

28 N. Bobbio, ***Qual socialismo?..., op. cit.***, p. 52 [também em N. Bobbio ***et al.***, ***O Marxismo e o Estado***, trad. F.L. Boccardo/R. Levie, Rio de Janeiro, Graal, 1979, p. 30].

> da coisa' e não 'da imaginação dessa coisa' (Maquiavel); não se perdem atrás de 'construções quiméricas, não realizáveis senão no reino da Utopia ou naquela poética idade de ouro na qual não eram de fato necessárias' (Spinoza); não vão em 'busca de um além que sabe Deus onde deve estar – ou do qual, de fato, sabe-se muito bem dizer onde está, isto é, no erro de um unilateral e vazio raciocínio' (Hegel). Os escritores conservadores são geralmente realistas. São conservadores exatamente porque realistas. E sem realismo político não há filosofia (nem ciência) do Estado, mas apenas ideologia (ou utopia)[29].

Pode-se dizer que a relação entre o pessimismo antropológico (segundo o qual a natureza humana é má), o realismo político (conforme o qual a política deve ser analisada em termos estritamente objetivos) e o conservadorismo político (segundo o qual a ordem política é o principal valor a ser defendido) pode ser defendida no que se refere a Maquiavel tomando-se em conta, especialmente, a tradição do maquiavelismo, como faz Bobbio. Isso porque, embora sejam facilmente localizáveis nos textos maquiavelianos os elementos tanto do pessimismo antropológico quanto do realismo político, não se encontrando com facilidade os elementos do conservadorismo político, salvo na compreensão do maquiavelismo, isto é, na compreensão de Maquiavel como um teórico do absolutismo e da razão de Estado. Exatamente o que Bobbio faz. Tomando essa linha de interpretação, a conclusão do conservadorismo político em função do pessimismo antropológico e do realismo político não deixa de ser uma lógica e clara consequência dedutiva de toda a interpretação bobbiana das ideias de Maquiavel.

Por fim, não é preciso dizer que uma única interpretação na basta para compreender totalmente uma figura da magnitude de Maquiavel (um "gigante", como dizia Bobbio) nem que possivelmente uma interpretação talvez diga mais acerca do intérprete que sobre o autor sobre quem recai a interpretação. Todavia, o exercício – por mais incompleto que resulte – de

29 N. Bobbio, ***Do fascismo à democracia – Os regimes, as ideologias, os personagens e as culturas políticas***, org. M. Bovero, trad. D.B. Versiani, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, p. 150. (Neste livro aparece intitulado apenas como "Giovanni Gentile".)

perscrutação de como um grande autor foi interpretado por um grande intérprete não deixa de ser interessantíssimo (ao menos para mim).

Bibliografia (de Bobbio):

BOBBIO, Norberto. "Ética e política". Trad. M.T. Del Roio. ***Lua Nova***, n. 25, São Paulo, CEDEC, 1992, pp. 131-140.

BOBBIO, Norberto. "Reformismo, socialismo e igualdade". Trad. R. Naves. ***Novos Estudos Cebrap***, n. 19, 1987, pp. 12-25.

BOBBIO, Norberto ***et al. O marxismo e o Estado***. Trad. F.L. Boccardo/R. Levie. Rio de Janeiro: Graal, 1979. (251 p.)

BOBBIO, Norberto. ***A era dos direitos***. Trad. C.N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. (217 p.)

BOBBIO, Norberto. ***A teoria das formas de governo***. Trad. S. Bath. Brasília: UnB, 1985. (179 p.)

BOBBIO, Norberto. ***As ideologias e o poder em crise – Pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e terceira força***. Trad. J. Ferreira. Brasília: UnB, 1994. (240 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Da estrutura à função – Novos estudos de teoria do direito***. Trad. D.B. Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007. (265 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Diário de um século – Autobiografia***. Org. A. Pappuzzi. Trad. D.B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998. (261 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Direita e esquerda – Razões e significados de uma distinção política***. Trad. M.A. Nogueira. São Paulo: Unesp, 2001. (189 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant***. Trad. A. Fait. Rev. E.R. Martins. Brasília: UnB, 1997. (168 p.) [Também publicado como: BOBBIO, Norberto. ***Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant***. Trad. A. Fait. São Paulo: Mandarim, 2000. (266 p.)]

BOBBIO, Norberto. ***Direito e poder***. Trad. N. Moulin. São Paulo: Unesp, 2008. (299 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Do fascismo à democracia – Os regimes, as ideologias, os personagens e as culturas políticas***. Org. M. Bovero. Trad. D.B. Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. (293 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Elogio da serenidade e outros ensaios morais***. Trad. M.A. Nogueira. São Paulo: Unesp, 2002. (208 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Ensaios escolhidos – História do pensamento político***. Trad. S. Bath. São Paulo: C.H. Cardim, s/d. (232 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Ensaios sobre ciência política na Itália***. Trad. M.C.F.F. Marcondes. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2002. (320 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Ensaios sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil***. Trad. M.A. Nogueira/C.N. Coutinho. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999. (137 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Entre duas repúblicas – Às origens da democracia italiana***. Trad. M.M. Bellati. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2001. (154 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Estado, governo, sociedade – Para uma teoria geral da política***. Trad. M.A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. (178 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Estudos sobre Hegel – Direito, sociedade civil e Estado***. Trad. L.S. Henriques/C.N. Coutinho. São Paulo: Unesp/Brasiliense, 1999 [1989]. (229 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Igualdade e liberdade***. Trad. C.N. Coutinho. São Paulo: Ediouro, 1996. (96 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Liberalismo e democracia***. Trad. M.A. Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000 [1988, 1994]. (101 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Locke e o direito natural***. Trad. S. Bath/J.M. Garcia (exp. lat.). Rev. D.N. Moura. Brasília: UnB, 1998. (255 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Nem com Marx, nem contra Marx***. Org. C. Violi. Trad. M.A. Nogueira. São Paulo: Unesp, 2006. (317 p.)

BOBBIO, Norberto. ***O conceito de sociedade civil***. Trad. C.N. Coutinho. Rio de Janeiro: Graal, 1982. (77 p.)

BOBBIO, Norberto. ***O filósofo e a política – Antologia***. Sel. e org. J.F. Santillán. Trad. C. Benjamin/V. Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003. (520 p.)

BOBBIO, Norberto. ***O final da longa estrada – Considerações sobre a moral e as virtudes***. Trad. L. Novaes. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005. (118 p.)

BOBBIO, Norberto. ***O futuro da democracia – Uma defesa das regras do jogo***. Trad. M.A. Nogueira. Rev. M.A. Corrêa/D. Scofano. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000. (171 p.)

BOBBIO, Norberto. ***O positivismo jurídico – Lições de filosofia do direito***. Comp. N. Morra. Trad. M. Pugliesi/E. Bini/C.E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. (239 p.)

BOBBIO, Norberto. ***O problema da guerra e as vias da paz***. Trad. A. Lorencini. São Paulo: Unesp, 2003. (181 p.)

BOBBIO, Norberto. ***O tempo da memória – De senectute e outros escritos autobiográficos***. Trad. D. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1997. (205 p.)

BOBBIO, Norberto. ***O terceiro ausente – Ensaios e discursos sobre a paz e a guerra***. Org. P. Polito. Trad. D. Versiani. Rev. F. Diehl/V.B. Junqueira. Barueri, SP: Manole, 2009. (309 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Os intelectuais e o poder – Dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea***. Trad. M.A. Nogueira. São Paulo: Unesp, 1997. (187 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Qual socialismo? – Debate de uma alternativa***. Trad. I.S. Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. (111 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Teoria da norma jurídica***. Trad. F.P. Baptista/A.B. Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2005. (192 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Teoria do ordenamento jurídico***. Trad. M.C.C.L. Santos. Rev. C. De Cicco. Brasília: UnB, 2006 [1996]. (184 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Teoria geral da política – A filosofia política e as lições dos clássicos***. Org. M. Bovero. Trad. D.B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. (717 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Thomas Hobbes***. Trad. C.N. Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. (202 p.)

BOBBIO, Norberto. ***Três ensaios sobre a democracia***. Trad. S. Bath. Rev. L. Gebrim. São Paulo: Cardim & Alario, 1991. (78 p.)

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Niccola & PASQUINO, Gianfranco (orgs.). ***Dicionário de política***. Trad. C.C. Varrialle et al. Brasília: UnB, 1992. (2 vs.)

BOBBIO, Norberto & BOVERO, Michelangelo. ***Sociedade e Estado na filosofia política moderna***. Trad. C.N. Coutinho. Rev. O. Lombardi/M.S.C. Corrêa. São Paulo: Brasiliense, 1996 [1986; 1994]. (181 p.)

BOBBIO, Norberto & VIROLI, Maurizio. ***Diálogo em torno da república – Os grandes temas da política e da cidadania***. Trad. D.B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002. (130 p.) [Também publicado como: BOBBIO, Norberto & VIROLI, Maurizio. ***Direitos e deveres na república – Os grandes temas da política e da cidadania***. Trad. D.B. Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. (131 p.)]

BOBBIO, Norberto & POLITO, Pietro. "O ofício de viver, o ofício de ensinar, o ofício de escrever – Entrevista de Norberto Bobbio a Pietro Polito".Trad. M. Romiti. ***Estudos Avançados***, n. 58, v. 20, dez 2006, pp. 189-209.

Bibliografia (sobre Bobbio):

ANDERSON, Perry. "As afinidades de Bobbio". In: ANDERSON, Perry. ***Afinidades seletivas***. Sel. E. Sader. Trad. P.C. Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2002, pp. 195-264.

BOVERO, Michelangelo. "Introdução". In: BOBBIO, Norberto. ***Teoria geral da política – A filosofia política e as lições dos clássicos***. Org. M. Bovero. Trad. D.B. Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, pp. 09-63.

CAMPOS, Pe. Astério. ***O pensamento jurídico de Norberto Bobbio***. São Paulo: Saraiva/Edusp, 1966. (134 p.)

CARDIM, Carlos Henrique (org.). ***Bobbio no Brasil – Um retrato intelectual***. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2001. (159 p.)

FILIPI, Alberto & LAFER, Celso. ***A presença de Bobbio – América Espanhola, Brasil, Península Ibérica***. Trad. M. Lopes. São Paulo: Unesp, 2004. (174 p.)

SANTILLÁN, José Fernández. "Apresentação". In: BOBBIO, Norberto. ***O filósofo e a política – Antologia***. Sel. e org. J.F. Santillán. Trad. C. Benjamin/V. Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003, pp. 15-54.

VIOLI, Carlo & MAIORCA, Bruno (a cura di). ***Norberto Bobbio. Bibliografia degli scritti (1984-1988)***. Milão: Franco Angeli, 1991. (80 p.)

VIOLI, Carlo & MAIORCA, Bruno (a cura di). ***Prefazione a Norberto Bobbio: 50 anni di studi. Bibliografia degli scritti (1934-1983). Bibliografia degli scritti su Norberto Bobbio***. Milão: Franco Angeli, 1984. (276 p.)

VIOLI, Carlo (a cura di). ***Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio (1934-1993)***. Roma-Bari, Laterza, 1995. (532 p.)

2. EL PROBLEMA DE LA GUERRA EN LAS RELACIONES INTERNACIONALES EN HANS KELSEN Y CARL SCHMITT: Pasado y presente de uma polémica

Ramón Campderrich Bravo[30]*

El final de la guerra fría a principios de la década de los noventa permitió abrigar durante un breve tiempo ciertas esperanzas de un generalizado apaciguamiento de los conflictos armados regionales, de la conclusión del intervencionismo militar de las grandes superpotencias nucleares y de una revitalización de las Naciones Unidas acompañada de su reforma en un sentido democratizador y garantista. Incluso la primera – o segunda, según las nomenclaturas - guerra del Golfo de 1991 y las intervenciones militares supuestamente humanitarias de Estados Unidos y sus aliados occidentales en Somalia, Bosnia-Herzegovina y la extinta Yugoslavia fueron interpretadas por muchos como muestra del reforzamiento del sistema de seguridad colectiva de Naciones Unidas – en el primer caso – o como ejemplos de una nueva disposición por parte de las grandes potencias a tomarse los derechos humanos en serio a una escala mundial – en los otros tres casos.

Estas esperanzas, ya algo debilitadas por la ruptura entre la OTAN y la ONU a propósito del conflicto kosovar y por la persistencia de tremebundos conflictos militares en África y Ásia, quedaron desbaratadas a causa de la política exterior agresiva norteamericana subsiguiente a los atentados del 11 de septiembre de 2001. De todos es sabido que las dos principales materializaciones bélicas de esa política exterior agresiva han sido hasta el momento las ocupaciones militares de Afganistán e Irak.

30 * Professor da Universidade de Barcelona. Este texto foi apresentado na conferência de encerramento do II Congresso Transdisciplinar Direito e cidadania - UFGD/UEMS - 2008.

Tanto las esperanzas iniciales tras la caída del bloque soviético como las desesperanzas resultantes del unilateralismo militar estadounidense, aceptado sin demasiadas objeciones por los gobiernos europeos y la Unión Europea, han suscitado un renovado debate entre juristas, politólogos y filósofos en cuanto a la cuestión de la guerra, un debate que se separa de aquel que había dominado el período de la guerra fría, centrado en la carrera de armamentos nucleares y la perspectiva de una guerra nuclear. Figuras destacadas de esta nueva discusión han sido, entre otras, Norberto Bobbio, John Rawls, Antonio Cassese, Jürgen Habermas, Samuel Huntington, Richard Falk, Michael Walzer, Luigi Ferrajoli o Danilo Zolo. Las especulaciones de estos autores occidentales han girado en su mayor parte en torno a la denominada "intervención" o "guerra humanitaria" durante los años noventa y en torno a la fantasmagórica "guerra contra el terrorismo" durante la primera década de este nuevo siglo; en cambio, han tendido a olvidar la proliferación en el Tercer Mundo de conflictos regionales mal llamados de baja intensidad: un terrible ejemplo es la guerra del Congo, la cual entre 1997 y 2006 ha provocado cerca de tres millones de muertes.

El debate acerca de la guerra a la luz de las nuevas realidades del final de la guerra fría, el intervencionismo militar pretendidamente humanitario y las guerras de Afganistán e Irak ha conducido a su vez, entre otras muchas cosas, a un nuevo interés por las tesis sobre la cuestión de la guerra y la paz en las relaciones internacionales de los dos mayores juristas europeos de la primera mitad del siglo XX: Hans Kelsen y Carl Schmitt. En el contexto de la renovada atracción por el estudio del Kelsen y del Schmitt iusinternacionalistas se inscribe mi modesta aportación al presente Congreso. El objeto, pues, de mi intervención será exponer las principales ideas de Schmitt y Kelsen sobre el tema de la guerra y la paz en las relaciones internacionales y valorar su sentido actual.

El punto del cual voy a partir para exponer esas ideas lo constituye el denominado por el filósofo del derecho italiano Danilo Zolo "pacifismo jurídico", expresión, tal vez algo inapropiada, que toma prestada del también italiano Norberto Bobbio. Por "pacifismo jurídico" se puede entender

una corriente del pensamiento jurídico de inspiración kantiana que propugna una pacificación universal de las relaciones interestatales a través del derecho internacional cuyos dos ejes más sobresalientes son: 1.-La abolición del ***ius ad bellum*** como potestad fundamental de la soberanía estatal mediante la prohibición jurídico-internacional del recurso estatal a la violencia militar, con las solas excepciones de la legítima defensa frente a la guerra de agresión y la aplicación colectiva de sanciones jurídicas internacionales; y 2.-La creación de un sistema de seguridad colectiva mundial con un alto grado de institucionalización y de autonomía respecto de los sujetos estatales de derecho internacional. El "pacifismo jurídico" tuvo especial predicamento entre juristas y politólogos en el período posterior a la Gran Guerra y es consecuencia directa de la fuerte impresión que causó la destructividad nunca antes vista de esa guerra, la primera "guerra total" de las sociedades occidentales. Algunas de la innovaciones normativas y organizativas internacionales de los años veinte fueron consideradas en la época una realización parcial, aunque demasiado tímida, del "pacifismo jurídico": es el caso de la malograda Sociedad de Naciones, el Protocolo de Ginebra de 1924 para el arreglo pacífico de controversias internacionales, el Pacto Briand-Kellogg de 1928 relativo a los proscripción de la guerra como instrumento de la política estatal y los numerosos tratados de arbitraje de la época. El "pacifismo jurídico" puede ser también incluido entre las fuentes de inspiración de la Carta de Naciones Unidas aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945.

Kelsen es el mayor representante teórico del "pacifismo jurídico" en el siglo XX. Su doctrina iusinternacionalista es, sin duda alguna, la elaboración jurídico-teórica más rigurosa y sutil del "pacifismo jurídico". A continuación, intentaré mostrar las líneas esenciales de esa doctrina.

La doctrina iusinternacionalista kelseniana se puede descomponer en dos grandes partes o piezas. En primer lugar, Kelsen desarrolla una compleja argumentación destinada a desmontar la noción tradicional de soberanía estatal y defender la primacía del derecho internacional sobre los derechos estatales. En segundo lugar, elabora una serie de propues-

tas concretas, adaptadas a las circunstancias históricas del momento en que fueron formuladas, encaminadas a restringir el recurso a la guerra por parte de los estados. El orden en que se han enumerado esas partes o piezas de la doctrina iusinternacionalista kelseniana es también el orden lógico que sigue el razonamiento de Kelsen. La puesta en práctica efectiva de sus propuestas pacificadoras concretas exige la aceptación previa de la primacía del derecho internacional en contra de la concepción tradicional de la soberanía estatal. Analizaré a continuación cada una de esas dos partes, en especial, la segunda de ellas.

La argumentación kelseniana destinada a desmontar la noción tradicional de soberanía estatal y defender la primacía del derecho internacional sobre los derechos estatales atraviesa, desde el punto de vista de su sistematización, por dos fases.

En una primera fase, Kelsen denuncia el componente ideológico del dogma tradicional de la soberanía, en el sentido de una falaz explicación del origen y fundamento de la validez del derecho positivo hecha con miras a la justificación de la llamada "razón de estado". La doctrina tradicional de la soberanía sitúa por encima del derecho positivo un ente antropomórfico de inspiración teológica, el soberano, dotado de una lógica y voluntad propias que crea y transforma el derecho positivo y se somete voluntariamente al mismo. La consecuencia natural de esta doctrina es la "razón de estado": si las necesidades o la voluntad del soberano son incompatibles con el respeto de las normas del derecho positivo, queda justificado actuar al margen de las mismas.

Para Kelsen esta doctrina de la soberanía no puede aceptarse. El jurista de Praga reformula el principio de soberanía para expresar con él la idea de la no dependencia del derecho positivo estatal en cuanto a su validez de cualquier otro orden normativo, ya sea el de otro estado, el derecho natural, la religión o la moral, o respecto de cualquier poder de hecho, y para expresar también la idea de la unidad de ese mismo derecho en el sentido de formar un sistema normativo fundado en un único principio de validez. Entendida en estos términos, la idea de soberanía expresa la idea

misma de la ***Grundnorm*** o norma hipotética fundamental referida a un ordenamiento jurídico estatal cualquiera.

En una segunda fase, una vez asimilada la soberanía del estado a la independencia o especificidad y a la unidad del ordenamiento jurídico estatal, Kelsen abandona incluso este uso mucho más modesto del término soberanía. Al plantearse el problema de las relaciones entre el derecho estatal y el derecho internacional, Kelsen sostiene la existencia de dos únicas formas de concebir éstas igualmente correctas desde el punto de vista gnoseológico: el monismo con base en la primacía del derecho estatal y el monismo con base en la primacía del derecho internacional. El primero se ajustaría a la idea de soberanía expresada en términos de teoría pura del derecho y supondría la subordinación al derecho estatal propio del derecho internacional y de los demás derechos estatales. El segundo afirma la primacía del derecho internacional, del cual los derechos estatales no serían más que órdenes jurídicos delegados, y, sobre esta base, la igualdad jurídica de los derechos estatales. Kelsen señala como preferible esta última posición por razones ético-políticas. Mientras que el monismo con base en el derecho estatal resulta coherente con la política imperialista, el monismo con base en el derecho internacional es más adecuado para defender posturas pacifistas, por las cuales se decanta Kelsen. Con esta reflexión completa Kelsen su crítica del principio tradicional de la soberanía y la consiguiente defensa de la primacía del derecho internacional sobre los derechos estatales.

Sobre la base de la tesis científica de la primacía del derecho internacional sobre los derechos estatales, Kelsen diseña un conjunto de propuestas encaminadas a promover la paz a través de mecanismos jurídico-internacionales. Estas propuestas presuponen una determinada concepción de la paz en tanto que objetivo o finalidad a alcanzar mediante las mismas, y una determinada idea acerca de las causas de las guerras.

La paz para cuya consecución Kelsen formula sus propuestas responde a una noción negativa de paz internacional. La noción negativa de paz internacional equivale a ausencia de guerra entre los estados, de

conflicto armado entre éstos. La paz internacional, en Kelsen, no es un estado de perfecta realización de la justicia o de cese de toda violencia o conflicto, sino, simplemente, una situación en la cual los estados no se hacen la guerra entre sí, es decir, no recurren al uso de la fuerza armada para solventar sus controversias.

Para Kelsen, las guerras, al menos las guerras modernas, son, fundamentalmente, la consecuencia del carácter por completo descentralizado del orden internacional. La causa más sobresaliente de la guerra a juicio de Kelsen es, por tanto, la estructura misma del orden internacional. La disponibilidad del uso de la fuerza militar por parte de los gobernantes estatales sin ningún control jurídico-institucional exterior a los estados hace de la guerra una pretendida vía de solución de conflictos que podrían ser resueltos de modo pacífico. En términos de teoría pura del derecho, la guerra resultaría de la centralidad del principio de autoayuda o autotutela en el derecho internacional moderno: puesto que no existen instancias supraestatales que monopolicen la aplicación de la normas jurídicas internacionales y la ejecución de las sanciones jurídico-internacionales, los gobernantes estatales están autorizados a evaluar la licitud o ilicitud del uso de la fuerza sin que ninguna instancia independiente refrene sus inclinaciones a tomarse la justicia por su mano conforme a sus propios criterios más o menos arbitrarios.

Si la causa principal de la guerra moderna es la estructura descentralizada del orden internacional o, dicho de otro modo, si el principal obstáculo a la paz es esa estructura descentralizada, parece entonces que la respuesta al problema de la guerra en las relaciones internacionales es muy sencilla: se debe sustituir el actual orden internacional por un orden internacional centralizado, es decir, por una especie de "estado mundial", una organización mundial que concentre en sus manos, como mínimo, la aplicación de las normas jurídicas internacionales abstractas y la ejecución de las sanciones jurídicas internacionales. Sin embargo, esta respuesta sólo tiene para Kelsen el valor de una mera hipótesis de trabajo utilizada para poner de relieve la estrecha conexión entre centralización del orden

jurídico y pacificación de las relaciones internacionales. No es una propuesta que se pueda plantear a corto o medio plazo, como demuestran no sólo las intuiciones comunes sino también la línea evolutiva de la historia jurídico-política de la Humanidad, la cual indica, a juicio de Kelsen, que el momento de plantear seriamente proyectos encaminados a construir una organización federal estatal mundial está todavía muy lejos.

Kelsen levanta sobre estos presupuestos relativos a la noción de paz y a las causas de la guerra su programa político de pacificación de las relaciones internacionales o conjunto de propuestas kelsenianas de pacificación de las relaciones internacionales. Esas propuestas son, fundamentalmente, tres: una reivindicación de la doctrina de la guerra justa para justificar la prohibición de la guerra de agresión como contenido de una norma de derecho internacional general; la exigencia de responsabilidad individual por crímenes de guerra; y, por encima de todo, la creación de una organización mundial para el mantenimiento de la paz cuyo órgano central lo constituya un tribunal internacional dotado de jurisdicción obligatoria.

La primera de las propuestas kelsenianas que conforman su programa de pacificación se desenvuelve en el plano histórico-doctrinal. Kelsen recupera la casi olvidada - en el siglo XIX - tradición doctrinal de la guerra justa y la adapta al lenguaje de la teoría pura. En opinión de Kelsen, los forjadores intelectuales del derecho internacional moderno, Vitoria, Grocio, Pufendorf, Vattel…, jamás reconocieron a los estados un derecho sin limitaciones a emprender la guerra (o sea, jamás reconocieron un libre ***ius ad bellum***). No toda guerra se debía entender permitida o autorizada, sino todo lo contrario. En las obras de estos autores se consideraba que algunas guerras estaban prohibidas, en tanto que ilícitos jurídico-internacionales, mientras que otras estaban permitidas o autorizadas, en tanto que sanciones jurídico-internacionales, si bien la apreciación de la licitud o ilicitud de cada guerra singular quedaba en manos de los estados, dado el carácter descentralizado del orden jurídico internacional. Según Kelsen, el contenido de esta doctrina ya forma parte del derecho internacional general,

pues ha sido asumido por los sujetos estatales del derecho internacional. Para el jurista austriaco, en el derecho internacional del siglo XX ya existe una norma imperativa general, anticipada por la doctrina tradicional de la guerra justa, que prohíbe la guerra de agresión y sólo admite el recurso a la fuerza militar en calidad de sanción frente a una guerra ilícita.

Kelsen propugna también, y esta es su segunda propuesta, la exigencia de responsabilidad penal internacional de los gobernantes por la violación de la prohibición de la guerra de agresión y por la vulneración de las denominadas "leyes y costumbres" de la guerra o ***ius in bello***, aun en el caso de que éstas se deriven de actos imputables al estado. En suma, Kelsen sugiere la creación de un derecho penal internacional que prevea la imposición de castigos a los concretos individuos autores de acciones contrarias a las normas jurídicas internacionales reguladoras del uso de la fuerza militar, tanto si estos individuos actúan en calidad de órganos estatales como si no lo hacen así. Se trata de superar de este modo la secular limitación de la responsabilidad jurídica internacional a la mera responsabilidad colectiva y objetiva del estado, cuyo carácter injusto y desproporcionado no ignora Kelsen.

Sin embargo, a juicio de Kelsen, estas propuestas carecerán de toda virtualidad si no van acompañadas de una tercera propuesta de naturaleza institucional: el establecimiento de una organización mundial, universal, para el mantenimiento de la paz, cuyo órgano central ha de ser un tribunal internacional independiente. La sola regulación jurídico-internacional restrictiva del recurso a la guerra y de la conducta bélica contenida en tratados internacionales suscritos por una gran mayoría de estados no es garantía suficiente del logro de una pacificación de las relaciones internacionales; se requiere, además, una organización mundial que consiga atraer a su seno el mayor número de estados posible. Ello únicamente será factible si el diseño institucional de esa organización suscita la confianza de los miembros de la sociedad internacional. Por esta razón, el alma de la organización mundial para el mantenimiento de la paz ha de ser, según Kelsen, una autoridad de tipo judicial rodeada de tales garantías de in-

dependencia que aseguren ante los diferentes gobiernos de la Tierra su imparcialidad. En opinión de Kelsen, los estados parte en el tratado internacional constitutivo de semejante organización para el mantenimiento de la paz aceptarían, fiados de la independencia e imparcialidad de su autoridad judicial central, la obligación de someter todas sus controversias a la jurisdicción de esa autoridad central. El tribunal internacional de la organización para el mantenimiento de la paz kelseniana se encargaría de resolver las disputas entre los estados en torno a la licitud o ilicitud del uso de la fuerza y de establecer las sanciones por los usos ilícitos de la fuerza, las cuales serían ejecutadas colectivamente frente a los estados recalcitrantes por los estados miembros de la organización. El tribunal internacional de la organización mundial para el mantenimiento de la paz asumiría igualmente el papel de tribunal penal internacional encargado de examinar y determinar la responsabilidad penal internacional de los criminales de guerra.

En resumidas cuentas, la doctrina iusinternacionalista kelseniana no hace más que aplicar en su propuesta de organización mundial para el mantenimiento de la paz el esquema del "pacifismo jurídico": por un lado, Kelsen prevé una prohibición jurídico-internacional del recurso a la fuerza por parte de los estados; por otro lado, patrocina una instancia mundial centralizada relativamente independiente de los sujetos de derecho internacional, la misión de la cual es velar por el ajuste de la conducta de los estados a la prohibición del recurso a la fuerza y decidir la imposición de sanciones jurídicas a quienes violan esa prohibición.

La postura de Carl Schmitt hacia el "pacifismo jurídico" es opuesta a la mantenida por Hans Kelsen. Si cabe calificar a Kelsen de máximo teórico y defensor del "pacifismo jurídico" en el siglo XX, Schmitt puede ser estimado su crítico más extremo y despiadado. En mi opinión, la tesis del carácter coadyuvante del "pacifismo jurídico" al efecto deshumanizador de la guerra atribuible al liberalismo contemporáneo es la tesis crítica más relevante que formula Schmitt frente al "pacifismo jurídico". Pero para entender mejor esta un tanto críptica tesis schmittiana, convendrá primero

apuntar las intenciones políticas de Schmitt al criticar el "pacifismo jurídico", recordar su concepto de "lo político" y exponer su visión del orden internacional moderno anterior a la primera guerra mundial.

Resulta inevitable referirse a las intenciones políticas de Carl Schmitt, pues éstas tiñen de un colorido especial su obra, incluida su crítica al "pacifismo jurídico", hasta el punto de que sería una ingenuidad sin disculpa posible concebir el discurso schmittiano en términos de puro discurso científico o técnico, neutral. Por otra parte, pocos desconocen los ominosos compromisos políticos que mantuvo Schmitt en un cierto período de su carrera profesional y no mencionarlos siquiera podría llevar a pensar que formo parte de esa tradición hagiográfica de autores para quienes ha llegado a ser más importante el buen nombre de Schmitt que el estudio distanciado de su pensamiento. En la obra schmittiana del período comprendido entre el final de la primera guerra mundial y el final de la segunda guerra mundial dedicada al derecho y a las relaciones internacionales predomina el punto de vista del nacionalismo ***völkisch*** alemán. En un primer momento, entre 1918 y 1937, más o menos, Schmitt es un revisionista duro del Tratado de Versalles, contrario al ingreso de Alemania en la Sociedad de Naciones, y partidario, primero, de las posiciones ultranacionalistas del ejército alemán bajo la República de Weimar y, después, de la política de ruptura unilateral total con el ***status quo*** posterior a la Gran Guerra seguida por el Tercer Reich. En un segundo momento, entre 1938 y 1944, aproximadamente, Schmitt justifica mediante su doctrina de los grandes espacios, a la cual aludiré más tarde, el expansionismo militar nazi por toda Europa continental.

El concepto de "lo político", esto es, la esencia de la política, equivale, según Schmitt, a conflicto grupal identitario (existencial) potencialmente violento en un grado muy elevado. Existe en el pensamiento de Schmitt un vínculo muy estrecho entre guerra y política. Toda idea, acción, agrupación o disputa son políticas para Schmitt en la medida en que son susceptibles de engendrar un enfrentamiento colectivo violento en torno a la identidad común, al supuesto modo de ser común, de los seres humanos

pertenecientes a los grupos partícipes en el enfrentamiento en cuestión. Para Schmitt, la irrefrenable tendencia a la violencia grupal definitoria de "lo político" posee profundas raíces antropológicas e histórico-culturales, en las cuales no me es posible entrar ahora. Lo importante en este momento es subrayar que la esencia schmittiana de la política comporta un serio problema, en especial por lo que respecta a las sociedades modernas: cómo preservar un espacio de convivencia entre seres humanos relativamente amplio y seguro dentro del cual la violencia colectiva identitaria, la guerra, haya sido neutralizada. Dicho de otra forma: el desafío que plantea Schmitt con su concepto de "lo político" es cómo generar orden sobre el trasfondo de constante riesgo de irrupción del conflicto violento entre grupos de seres humanos. Este desafío únicamente se puede afrontar, siempre al entender del jurista alemán, haciendo una distinta evaluación de los varios modos de violencia política: neutralizando algunas formas de conflicto político – las que resultan en las distintas variantes de guerra civil – por medio del recurso a otras – la guerra interestatal, la guerra entre unidades políticas soberanas relativamente amplias. La guerra interestatal moderna es, en la obra del jurista alemán, el fenómeno de la Modernidad que muestra tanto la persistencia de "lo político" en ella como la vía seguida por ella para crear espacios de convivencia neutralizando, en parte, la violencia política. La guerra interestatal moderna posibilita expulsar esta última fuera de un espacio de convivencia, el espacio estatal, y reservarla a la rivalidad entre comunidades políticas estatales soberanas. En ausencia del fenómeno de la guerra interestatal, el hombre moderno se vería abocado a un permanente ***bellum omnium contra omnes*** hobbesiano, sostiene Schmitt.

Esta función positiva atribuida por Carl Schmitt a la guerra interestatal es coherente con su visión del orden internacional moderno. El orden internacional moderno surgido en los siglos XVI y XVII de la descomposición de los poderes universales medievales se caracteriza por ser, en palabras de Schmitt, un "pluriverso" de estados soberanos, es decir, un orden interestatal eurocéntrico en el cual conviven una pluralidad de es-

tados que se hallan en sus relaciones mutuas en "estado de naturaleza", en el sentido de no reconocer una autoridad supraestatal competente para organizar de un determinado modo las relaciones entre los estados.

La guerra es, según Schmitt, el principal modo de relación interestatal conocido por el orden internacional moderno. Desde su consolidación con la Paz de Westfalia de 1648, este orden centrado en el "pluriverso" de estados europeos soberanos ha girado en torno al fenómeno de la guerra, en torno a su sentido, preparación, características, utilización estratégica y, sobre todo, límites. En opinión de Schmitt, el orden internacional moderno ha consistido en grandísima medida en una ordenación de la guerra interestatal. Esta ordenación, a juicio de Schmitt, fue el producto de una dúctil conciencia de pertenencia a una civilización común europea y del efectivo equilibrio de fuerzas entre grandes y pequeñas potencias europeas, definitivamente roto con la intervención de Estados Unidos en la Gran Guerra. El denominado por los iusinternacionalistas "derecho internacional clásico" o ***ius publicum europaeum*** no era más que la formalización en normas jurídico-internacionales de la ordenación de la guerra efectivamente imperante, según Schmitt, en los siglos XVII, XVIII y XIX.

El ***ius publicum*** europaeum fijaba unos límites, unos estándares, humanizadores muy estrictos a la práctica bélica dentro del espacio continental europeo, o reglas del ***ius in bello***. En cambio, no cuestionaba el ius ***ad bellum***, el derecho soberano a emprender la guerra atribuido a todos y cada uno de los estados integrantes de la sociedad internacional eurocéntrica. De esta manera, todo contendiente estatal en una guerra interestatal era calificado de ***iustus hostis*** con derecho a disfrutar de las ventajas del ***ius in bello***. Para Schmitt, el desarrollo humanitario logrado por el ***ius in bello*** durante la Modernidad se apoyaba en la intangibilidad del ***ius ad bellum*** estatal: ambas cosas, limitación de la práctica bélica y derecho soberano a iniciar una guerra se implican mutuamente en Schmitt. Debo insistir, sin embargo, en que Schmitt no se engaña en cuanto a la naturaleza etnocéntrica del ***ius publicum europaeum*** y subraya que las limitaciones del ***ius in bello*** sólo han valido para las guerras entre estados modernos, esto es,

para los ejércitos estatales modernos y para las poblaciones organizadas conforme al esquema del estado moderno, en modo alguno para los pueblos no europeos susceptibles de colonización por las potencias europeas y, más tarde, euroamericanas. Pero esto no parece preocupar mucho a Schmitt, desde una perspectiva ético-política.

Una vez vistas las intenciones políticas de Schmitt, su concepto de "lo político" y la concepción schmittiana del orden internacional moderno, ha llegado ya, por fin, el momento de mostrar la tesis crítica schmittiana frente al "pacifismo jurídico", la idea del carácter coadyuvante del "pacifismo jurídico" al efecto deshumanizador de la guerra atribuible al liberalismo contemporáneo.

El contenido de esta tesis se podría enunciar así: según Schmitt, el "pacifismo jurídico" forma parte de un ideario más amplio con el cual el fenómeno de creciente deshumanización o embrutecimiento de la guerra contemporánea guarda una estrecha conexión o relación de causa-efecto. Intentaré aclarar a continuación este contenido en la medida de lo posible.

Schmitt sostiene que el "pacifismo jurídico" es un ingrediente de la que se podría denominar ideología liberal "humanitarista", en términos schmittianos. Schmitt no define con precisión y sistematicidad en ningún lugar de su obra cuáles son los componentes concretos de esta ideología, sino que se suele referir de manera muy sucinta a los mismos en diversos pasajes dispersos en buena parte de sus publicaciones. Del análisis de esos pasajes, queda claro que para Schmitt la ideología liberal "humanitarista" tiene dos componentes nucleares: por un lado, una ética individualista, cuyos valores superiores son la paz, en el sentido de una humanidad sin guerras, y los derechos humanos; por otro lado, una inquebrantable confianza en la coherencia entre éxito de dicha ética individualista y progreso técnico-económico contemporáneo, identificado con el desarrollo de la técnica basada en el positivismo científico, con la industrialización y con el libre mercado. La ideología liberal "humanitarista" asigna validez universal espacio-temporal a los valores de su ética individualista y a su postulado

de mutua implicación entre ésta y el progreso técnico-económico – en realidad, determinado modelo de progreso técnico-económico. La paradoja de esta ideología está, a juicio de Schmitt, en que su despliegue en el mundo, en la realidad, tiene unos resultados opuestos a aquellos que declara perseguir por lo que respecta a su ética individualista. Según Schmitt, en lugar de traer paz y trato digno a todos los seres humanos, la ideología liberal "humanitarista" y, con ella, en tanto que ingrediente suyo, el "pacifismo jurídico", generan, y generarán cada vez más, una deshumanización de la guerra, esto es, un número mayor de guerras y un mayor nivel de destructividad de estas. Pero, ¿cómo llega Schmitt a esta conclusión tan extraña, incluso contraintuitiva? Para poder contestar a esta cuestión, se debe aludir al entrelazamiento que hace Schmitt inspirándose en Clausewitz entre ambición de los objetivos perseguidos con el recurso a la guerra y grado de intensidad de la violencia ejercitada por quien emprende la guerra.

Según Clausewitz, los objetivos políticos que se persiguen con el recurso a la guerra son decisivos para comprender la potencia destructora de un conflicto militar. La guerra, en la reflexión de Clausewitz, es un violento medio de presión para satisfacer fines políticos. Cuanto más ambiciosos sean estos últimos, mayor será la resistencia que, previsiblemente, se opondrá a su realización y mayor la fuerza que se deberá emplear y el nivel de destrucción que se deberá infligir, o amenazar con infligir, para doblegar esa resistencia. En la doctrina clausewitziana, la limitación de la violencia bélica en Europa propia del orden internacional surgido en Westfalia proviene de la modestia de los objetivos políticos perseguidos con la guerra dentro de ese orden. En este sentido, Clausewitz afirma que la guerra del sistema de Westfalia no es más que "una forma de diplomacia más fuerte", "un método de negociación más intenso".

Schmitt fundamenta su crítica al "pacifismo jurídico" en estas ideas de Clausewitz. Schmitt argumenta que el "pacifismo jurídico" justifica, en el ámbito del discurso iusinternacionalista, guerras que están al servicio del logro de objetivos tan ambiciosos, tan desmesurados, que comportan

un monstruoso e inhumano ejercicio sin precedentes de la violencia bélica. El "pacifismo jurídico" justifica estas guerras al presentarlas como sanciones jurídicas internacionales u operaciones de policía internacional contra estados o gobernantes infractores del derecho o peligrosos para la paz mundial. El "pacifismo jurídico", al igual que la ideología liberal "humanitarista" en un ámbito más general, induce así a los dirigentes políticos y a los pueblos que practican estas guerras a creer en su justicia, en su moralidad, y, por tanto, a suprimir inhibiciones en cuanto a su práctica. De este modo, el "pacifismo jurídico" contribuye a que, efectivamente, se lleven a cabo guerras destructivas en grado sumo. Si esta es una correcta reconstrucción sintetizada de la argumentación schmittiana, su cabal entendimiento exige todavía resolver una nueva dificultad: ¿cuál es la fuente de la enigmática hipótesis schmittiana conforme a la cual las guerras justificadas por el "pacifismo jurídico", desarrollo de la ideología liberal "humanitarista" en el ámbito de las ideas sobre el derecho y las relaciones internacionales, están unidas a objetivos desmesurados, anormalmente ambiciosos? La fuente de esa hipótesis se encuentra en el análisis de doble nivel que parece realizar Schmitt acerca de los fines u objetivos políticos asociados a la ideología liberal "humanitarista".

El primer nivel de este análisis se mueve dentro del análisis de la idealidad misma. El contenido de la ideología liberal "humanitarista" en cuanto tal ya informa de los objetivos en extremo ambiciosos de quienes deciden adscribirse a esta ideología. Como ya se ha dicho antes, esta ideología sostiene la existencia de una ética universal y de unos bienes universales que se identifican con los ideales de la paz, los derechos humanos y el progreso técnico-económico definidos por ella y sólo por ella. Puesto que su disfrute es lo más deseable en este mundo, es la culminación de las aspiraciones de toda la humanidad, la realización o materialización de estos ideales es el objetivo político primordial a alcanzar inscrito en la ideología liberal "humanitarista". ¿Puede haber objetivos más extremos, ambiciosos o desmesurados, se preguntaría retóricamente Schmitt, que la implantación de un catálogo de valores uniformes y un mismo modelo

de organización socioeconómica en todas las sociedades humanas hasta el punto incluso de llegar a la unificación de toda la humanidad bajo un mismo centro de poder, que es, conforme al concepto schmittiano de "lo político", el único resultado compatible con la hipotética realización completa del ideal universal 'paz'? El extremismo de las ambiciones políticas presentes en la ideología liberal "humanitarista" no tendría mayores consecuencias, a juicio de Schmitt, si los partidarios de tal ideología fueran una secta de pacifistas radicales defensores de la no violencia gandhiana, pero no lo son. Los defensores del liberalismo "humanitarista", siempre en opinión de Schmitt, no excluyen la guerra a efectos de conseguir los objetivos políticos propios de su ideario, como lo demuestra que el "pacifismo jurídico" contemple el recurso a la fuerza con el objeto de garantizar la paz. En consecuencia, la ideología liberal "humanitarista" conlleva en sí misma, entiende Schmitt, una vinculación entre recurso a la violencia bélica y objetivos excesivos, megalómanos. La consecución de esos objetivos exige la aplicación de una fuerza enorme, cuya brutalidad inhumana está en consonancia con la desmesura de los objetivos perseguidos, pero en contradicción aparente con los valores humanitarios mismos a cuya realización está, en teoría, dirigida dicha aplicación. Los gobernantes y pueblos abanderados del liberalismo "humanitarista" se ven por ello impelidos con fines de legitimación de la brutalidad bélica a demonizar a sus enemigos, a convertirlos en monstruos inhumanos, en salvajes o bárbaros refractarios a la virtud y al progreso, merecedores de bombardeos masivos, invasiones y ocupaciones, condenas penales a muerte (etc.). Esta "demonización" o descalificación moral de los enemigos refuerza, a su vez, según Schmitt, la deshumanización de la guerra y puede transformar ésta en una guerra de exterminio o aniquilación hecha en aras de los más altos valores del liberalismo contemporáneo.

Unos resultados análogos arroja el segundo nivel de análisis, el cual atiende a la realidad política o socioeconómica efectiva que está detrás de la ideología liberal "humanitarista" con independencia de las creencias declaradas de sus partidarios. Para Schmitt, el universalismo ético que im-

pregna la ideología liberal "humanitarista" revela la pretensión de dominio mundial de determinadas potencias. Las innumerables guerras que deberán emprenderse para ver realizada una pretensión de tal envergadura serán, a juicio de Schmitt, "guerras totales", esto es, guerras caracterizadas por un grado extremo de deshumanización y brutalidad. El "pacifismo jurídico", como parte o derivación que es de la ideología liberal "humanitarista", es un instrumento, al igual que esa ideología, de legitimación de la guerra en manos de las potencias con pretensiones de dominio mundial. Estas afirmaciones de Schmitt también requieren una breve aclaración.

Schmitt es un relativista ético bastante radical, al menos en relación con las sociedades modernas secularizadas. Los valores ético-políticos modernos, es decir, las distintas formas de representarse los ideales de la igualdad, la libertad, la nación y otros parecidos que tienen lugar en el mundo moderno no poseen, en Schmitt, otro fundamento que la voluntad de quien los define y los asume como propios. Dicho con otras palabras: no hay ni puede haber valores universales fundados en la razón ni en ninguna otra base pretendidamente objetiva, trascendente al puro subjetivismo de una voluntad individual o grupal. Cuando se sostiene la universalidad de un cierto conjunto de ideales entendidos de cierta manera, se está manifestando necesariamente, según Schmitt, la pretensión de imponer una específica concepción particular del mundo a todas las sociedades humanas y, con ello, en opinión de Schmitt, una voluntad de hacerse con la dominación planetaria. Por lo tanto, detrás de toda ética universal y de toda ideología que la incluya hay sólo una voluntad de dominación mundial, y si esta voluntad se corresponde con la voluntad de los dirigentes de un determinado centro de poder, detrás de esa ética y esa ideología hay tan sólo un centro de poder que pugna por el dominio del mundo.

En el caso de la ideología liberal "humanitarista", ese centro de poder son, al entender del Schmitt de los años treinta y cuarenta, las dos grandes potencias anglosajonas, Gran Bretaña y, sobre todo, Estados Unidos, que está en trance de eclipsar a la primera. Para referirse a la pretensión de dominio de este centro de poder, Schmitt suele emplear en su

obra los términos de "imperialismo anglosajón", "imperialismo económico-capitalista de estilo americano" o "imperialismo de base económica". Schmitt juzga la ideología liberal "humanitarista" el ideario invocado por el "imperialismo anglosajón" con miras a legitimar la extensión del poder y la influencia anglosajona por todas las naciones de la Tierra. Las "guerras totales" forman parte, en la obra de Schmitt, del inevitable instrumental a emplear si se quiere vencer las múltiples e intensas resistencias a la extensión del dominio angloamericano que surgirán sin duda alguna, dada la insaciabilidad de las potencias anglosajonas. Estas guerras no serán por lo general guerras de conquista colonial, sino guerras encaminadas a imponer la dependencia económica respecto del mundo anglosajón y la hegemonía cultural anglosajona sin destruir desde un punto de vista jurídico-formal la soberanía de los estados, puesto que el dominio de la economía y de la cultura, o sea, de las necesidades humanas y de la mente, en lugar del control directo del territorio, constituye la gran aspiración del "imperialismo anglosajón". El "pacifismo jurídico" juega el papel en Schmitt, como ya se anticipó anteriormente, de suministrador de un revestimiento jurídico-doctrinal adecuado para hacer más presentables las guerras protagonizadas por las potencias anglosajonas: gracias al "pacifismo jurídico", estas guerras dejan de serlo ante la opinión pública y adquieren la apariencia de sanciones jurídicas, operaciones policiales o medidas de seguridad. Pero las guerras a cuya justificación contribuye el "pacifismo jurídico" al transmutarlas en sanciones o acciones de policía internacional son guerras especialmente deshumanizadas por su inherente ***hybris*** y, por tanto, el "pacifismo jurídico" puede ser responsabilizado de contribuir a la realización de estas nuevas guerras deshumanizadas, "totales".

Es evidente que la tesis crítica del "pacifismo jurídico" schmittiana, si mi reconstrucción de la misma ha sido correcta, está plagada de debilidades cuyo análisis pormenorizado no interesa abordar aquí. Pero no debe dejar de señalarse, por lo menos, la más notable de esas debilidades: su deplorable "doble rasero", como testimonia otra construcción intelectual de Schmitt, la doctrina de los "grandes espacios".

La tesis crítica del "pacifismo jurídico" formulada por Carl Schmitt coexistió a partir de finales de los años treinta con la doctrina schmittiana de los "grandes espacios". En virtud de esta doctrina, Schmitt propugnó una nueva estructuración del orden internacional. Frente a un orden internacional estructurado en una pluralidad de estados soberanos, el cual ha entrado definitivamente en crisis, y frente a la pretensión de dominio mundial anglosajona, Schmitt proyectó entre fines de los años treinta y comienzos de los cuarenta una nueva ordenación terrestre, cuyas unidades organizativas fundamentales ya no son los estados, sino "imperios" que ejercen su hegemonía sobre gigantescos espacios continentales sin interferencias mutuas. La doctrina de los "grandes espacios" era la versión schmittiana del proyecto imperialista nazi; por consiguiente, estaba dirigida a la legitimación propagandística de la expansión militar del Tercer Reich a lo largo y ancho de Europa continental. Todo el mundo conoce muy bien a estas alturas cuáles eran los salvajes métodos de esa expansión militar y sus millones de víctimas civiles. Por esta razón nunca se debe, a mi entender, olvidar mencionar la hipocresía de Schmitt siempre que se aluda a su postura ante el "pacifismo jurídico".

Al principio de mi intervención, se indicó que el interés por las aportaciones de Kelsen y Schmitt forma parte de la reflexión actual en torno al tema de la guerra y la paz en las relaciones internacionales. También se señaló que su objeto iba a ser, además de exponer las ideas centrales de Kelsen y Schmitt en la materia, valorar su sentido actual. En consecuencia, concluiré intentando esbozar una valoración del pensamiento de estos dos juristas a la luz de la discusión iusfilosófica y filosófico-política actual sobre el fenómeno de la guerra.

Esta discusión fluctúa, excepción hecha de los apologistas liberales y conservadores del intervencionismo militar estadounidense, de quienes no me voy a ocupar aquí, entre dos polos: por una parte, una algo ingenua propuesta "juridicista" de consecución de la paz a través del derecho internacional, representada, entre otros, por Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli y Jürgen Habermas; por otra parte, una crítica radical que no articula vías

de solución institucionales a las causas de los conflictos que conducen a las guerras, cuyos valedores quizás más consecuentes sean el insigne historiador británico Perry Anderson y el filósofo del derecho y politólogo italo-esloveno Danilo Zolo.

El primero de esos dos polos está genéticamente relacionado con el "pacifismo jurídico" de Hans Kelsen e incurre en el mismo vicio "juridicista" que Kelsen, a pesar de su distanciamiento del formalismo kelseniano en los casos de Ferrajoli y Habermas. Tal vicio "juridicista", muy característico del "garantismo jurídico", consiste en una excesiva confianza en las virtualidades pacificadoras de los instrumentos jurídicos. La hipótesis "juridicista", común a Kelsen y a sus herederos contemporáneos, de que la progresiva limitación de la emersión de la guerra y de la dimensión destructiva de sus efectos y el fomento de la paz son alcanzables primordialmente por medio de instrumentos jurídicos en último término coercitivos no otorga la debida importancia a las causas socioeconómicas, políticas, culturales de los conflictos de fondo que hacen probables las guerras. Como mucho, sobredimensiona una sola de las causas de la guerra, la estructura formal del orden internacional. La falta de una teoría suficientemente compleja acerca de la génesis de la guerra y de las estrategias efectivas de preservación de la paz en el mundo contemporáneo, acarrea una teoría sobre el mantenimiento de la paz indebidamente centrada en la receta del uso sancionador de una fuerza superior ordenada por el derecho internacional y decidida en cuanto a su aplicación a cada caso por una organización supraestatal mundial. Esta receta es muy poco operativa en un mundo unipolar, bipolar o protagonizado por unas poquísimas grandes potencias, las cuales pueden con elevada probabilidad instrumentalizar al servicio de sus intereses más inconfesables el derecho internacional y la organización mundial para el mantenimiento de la paz de turno. Así parece mostrarlo la historia de la Sociedad de Naciones y de Naciones Unidas – no se olvide al respecto que Naciones Unidas ha acabado por legitimar ***a posteriori*** las acciones occidentales en Kosovo, Afganistán e Irak.

Por su parte, la crítica sin concesiones de autores como Anderson o Zolo contra el "pacifismo jurídico", por un lado, y, por otro lado, contra todas aquellas posturas que de un modo u otro se han pronunciado durante las últimas dos décadas a favor de las intervenciones militares de Estados Unidos y sus aliados occidentales, ya sea en casos concretos o ya sea con un carácter general, coincide en algunos de sus puntos clave con Schmitt, aunque, claro, con una orientación ideológica muy distinta a la del jurista alemán. Fundamentalmente, esa coincidencia se da en relación con las especulaciones schmittianas acerca del imperialismo anglosajón y acerca de la patrimonialización y manipulación anglosajonas de un discurso liberal universalista con el cual poder, entre otras cosas, justificar un intervencionismo militar de alcance mundial.

Desde mi punto de vista, creo que esta coincidencia entre la crítica radical de un Anderson o un Zolo y Schmitt no es casual, sino que revela la utilidad de las reflexiones de Carl Schmitt respecto al papel de Estados Unidos en el orden internacional del siglo XX para comprender aspectos nada desdeñables de las guerras emprendidas en tiempos recientes por ese país. Hay, sobre todo, un fenómeno contemporáneo del cual Schmitt parece haber sido muy consciente: la tradición ideológico-política del idealismo universalista norteamericano. El idealismo universalista norteamericano no es más que la forma predominante adoptada con altibajos por el nacionalismo estadounidense desde, como mínimo, la presidencia de Woodrow Wilson, quizás aún antes. El nacionalismo norteamericano disfrazado de idealismo universalista ha consistido en la ideológica patrimonialización por los Estados Unidos de los pretendidos ideales de las revoluciones liberales, valores a los cuales se les atribuye una validez temporal y espacial universal. En virtud de esta patrimonialización, los ideólogos del nacionalismo norteamericano consideran la sociedad y el sistema político estadounidenses la realización más acabada de los valores de la libertad, la democracia y la felicidad fundadas en el progreso material y moral, ni más, ni menos. Dado el valor universal asignado a los ideales citados y su supuesta encarnación en el gobierno y la sociedad

estadounidenses, se atribuye a los Estados Unidos una misión especial de difusión, incluso por la fuerza militar si es necesario, de dichos ideales por todo el mundo. Por consiguiente, de acuerdo con esta visión del mundo, corresponde a la sociedad norteamericana a través de sus instituciones políticas decidir en qué consisten exactamente en cada situación concreta los ideales universales y qué es necesario hacer para defenderlos. En definitiva, se reserva a los Estados Unidos el monopolio para definir con efectos prácticos el contenido de los valores supremos de la Humanidad y, por ende, qué es lo mejor en cada coyuntura para los demás pueblos de la Tierra.

Naturalmente, la ideología aquí sintetizada que impregna el nacionalismo norteamericano en su forma predominante, es idónea para alentar el intervencionismo militar del gobierno de los Estados Unidos en cualquier lugar del mundo en aras de intereses bien prosaicos, exclusivos y mezquinos adornándolo con los motivos más idealistas, como se ha podido volver a comprobar una y otra vez desde el final de la guerra fría.

3. AS RELAÇÕES BILATERAIS BRASIL/GUINÉ-BISSAU

Alfa Oumar Diallo[31]*

Introdução

A história da África e a história do Brasil estão intimamente relacionadas desde que os colonizadores portugueses ocuparam as duas margens do Oceano Atlântico Sul no século XVI. Com a chegada ao Brasil da primeira leva de escravos africanos, em 1538, inicia-se uma longa fase de íntima ligação, baseada principalmente no tráfico, que se estende até 1850, quando inicia seu declínio. Esse relacionamento não era de menor importância no plano global, pois, se no século XVII, o Atlântico Sul foi o centro dinâmico da economia mundial, com o Brasil impulsionando o Império Atlântico Português; no século XVIII, ele foi suplantado pelo Atlântico Norte , devido à projeção de potências como a França e a Inglaterra.

Os laços históricos, a condição de país com grande população de afro-descendentes e o debate interno em torno da igualdade racial, estão presentes na visão brasileira sobre a necessidade de aproximação e cooperação com a África. Mas, na aproximação com o continente africano, os aspectos estratégicos e econômicos são, seguramente, mais importantes. Embora a África seja um continente que apresenta índices alarmantes de pobreza, não é um continente estagnado, e representa um elemento fundamental para a inserção global do Brasil.

Após décadas de estagnação, a economia africana começa a dar sinais de melhora considerável. Na última década, o continente tem vivenciado não apenas a aceleração constante do crescimento econômico, mas também tem acompanhado as novas oportunidades de comércio e

31 * Professor Adjunto do Curso de Relações Internacionais na FADIR-UFGD.

investimentos. Os Estados africanos têm se empenhado na promoção do desenvolvimento econômico sustentado por ações políticas próprias: a União Africana (UA), a Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral (SADC), a Comunidade Econômica dos Estados da África Oriental (ECOWAS) e a Nova Parceria para o Desenvolvimento da África (NEPAD) são sinais claros da vontade de superar problemas históricos. E mais, as metas são definidas pelos próprios africanos, que assumem todas as dificuldades inerentes a projetos desse porte.

Nesse contexto, para o Brasil é importante aproveitar o potencial da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP). Poucos países foram priorizados no Itamaraty como os integrantes da CPLP, que reúnem uma população de 240 milhões de pessoas em quatro dos cinco continentes. Portugal, Timor Leste, Guiné-Bissau, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Moçambique e Angola buscam na cooperação brasileira atingir as áreas de segurança, saúde e educação, assim como as possibilidades de investimentos em diversas áreas da indústria e do comércio.

O nosso estudo será desenvolvido em torno das relações históricas entre o Brasil e o continente negro (I), em que abordaremos o embate ideológico tanto durante a colonização quanto durante a guerra fria (A), assim como a cronologia da política externa brasileira para a África a partir da democratização (B). Num segundo momento, analisaremos as relações diplomáticas entre o Brasil e a Guiné-Bissau (II), fixando a nossa pesquisa sobre a cooperação no quadro da comunidade dos países de língua portuguesa (A), assim como a cooperação bilateral entre os dois países (B).

I – As relações históricas entre o Brasil e a África

Após a independência do Brasil, a pressão inglesa pelo fim do tráfico era cada vez maior. O fim do tráfico coincidiu com o início da expansão colonialista europeia na África, que gerou o retrocesso das relações e o afastamento entre a África e o Brasil. Na primeira metade do século XX, noventa por cento do comércio do Brasil com o continente dava-se exclu-

sivamente com a África do Sul. Após a Segunda Guerra Mundial, a relação com Portugal era importante para os sucessivos governos brasileiros, que barganhavam o apoio eleitoral da comunidade de imigrantes lusitanos (estimulado por Salazar, através das Casas de Portugal), em troca do apoio brasileiro ao colonialismo português nos fóruns da ONU[32].

Além disso, o Brasil evitava apoiar a descolonização, pois Dakar era um ponto estratégico de escala das comunicações aeronavais com a Europa e Portugal era membro da OTAN. Além de perdurar a mentalidade da Guerra Fria, a política externa brasileira se restringia às Américas. As independências africanas, que se iniciaram justamente durante o governo Kubitschek, foram praticamente ignoradas. Foi preciso o desencadeamento da Política Externa Independente, no governo Jânio Quadros, para que a África adquirisse importância para a diplomacia brasileira[33].

Em 1961, com o lançamento da Política Externa Independente, por Jânio Quadros e seu chanceler Afonso Arinos, o Brasil lançou uma política africana e tomou posição em favor do direito à autodeterminação dos povos coloniais, especialmente das colônias portuguesas, que iniciavam a luta armada. A assinatura de diversos Acordos Culturais propiciou o estabelecimento de um programa de bolsas de estudo para estudantes africanos no Brasil, que viria a dar origem ao Programa de Estudantes Convênio (PEC).

Este primeiro esboço de Cooperação Sul-Sul, todavia, sofreu um revés considerável com o golpe de 1964. Mais uma vez, graças ao enfoque da geopolítica da Guerra Fria, o tema da segurança coletiva foi resgatado, tanto no que diz respeito às Américas (proposta de uma Força de Defesa Interamericana) como do Atlântico Sul (proposta da formação da Organização do Tratado do Atlântico Sul – OTAS). Essa última implicava na cooperação com os regimes colonialista de Portugal e racista da África do Sul[34].

32 Cf. P. Visentini, L. Ribeiro & A. Pereira, ***Breve História da África***, Porto Alegre, Leitura XXI, 2007.

33 M.C. Andrade, ***O Brasil e a África***, São Paulo, Contexto, 2001.

34 W.S. Gonçalves & S. Miyamoto, ***Os militares na política externa brasileira: 1964-1984***. Rio de Janeiro, Estudos Literários,

A – O embate ideológico durante a colonização e a Guerra Fria

O novo quadro político do Brasil a partir de 1930 provocou mudanças na esfera da política externa. Primeiramente, a diplomacia passou por uma remodelação estrutural, o Itamaraty se profissionaliza e fortalece suas representações no estrangeiro, sob orientação expressa do presidente Vargas. Seu quadro de pessoal recebe instrução até o terceiro escalão, priorizando a qualidade na atuação do Ministério das Relações Exteriores. De outro lado, o insulamento e a prática da política externa presidencial continuam a prevalecer procurando dar conta da nova orientação panamericanista que o governo vai adotar.

Duas questões pautaram mais fortemente a política externa brasileira no período, a primeira delas diz respeito aos limites territoriais, fundamental para a geopolítica continental, por isso, foi intensa a ação da diplomacia no sentido de colocar um fim nesta questão que se arrastava desde a independência, mostrando uma influência ratzeliana[35] do pensamento político brasileiro da época. Vários acordos foram finalizados na primeira década de Vargas, que também procurou uma aproximação com a Argentina para estabelecer uma forte parceria que foi alcançada com a reciprocidade das visitas presidenciais[36]. Substanciadas pelos acordos comerciais entre os dois países, que o Brasil depois procurou realizar com outras nações sul-americanas, reforçando a ideia governamental de unidade dos países da região.

A outra frente da política externa direcionou o país para um alinhamento incondicional com os Estados Unidos, na certeza de que a aproximação com este país traria ganhos econômicos e políticos importantes

vol 6. 1993.

35 Friedrich Ratzel (1844-1904) é considerado por muitos o fundador da moderna geografia humana, sendo responsável também pelo estabelecimento da geografia política como disciplina.

36 Cf. S. Schwartzman (org.), ***Estado Novo, um Auto-retrato***, Brasília, UnB, 1982.

em termos continentais[37]. Assim, o governo procurou apoiar as propostas norte-americanas disparadas por Roosevelt para a integração continental, aliás, mesma política que Vargas tentava aplicar na porção sul-americana[38], mas que confirmava o fortalecimento da união com os Estados Unidos, em função da relevância para a condução das relações internacionais e de uma geopolítica mais abrangente para a inserção brasileira no cenário internacional.

O posicionamento brasileiro procurou reafirmar a tradição das resoluções pacíficas, como procurou se mostrar durante os conflitos regionais, como o caso de Letícia e do Chaco, em que o governo sempre se disponibilizou para o arbitramento, no sentido da resolução pacífica e harmonia continental, além da participação nas diversas conferências. Tal fato, também marcou as atuações do Brasil junto à sociedade das nações, onde defendia a consolidação da Corte de Justiça, inclusive com o reconhecimento das nações europeias. Mas, era, claramente, panamericanista a política externa, isso viria a se confirmar no período da Segunda Guerra Mundial, quando do cumprimento do acordo de defesa coletiva do continente, que já vinha sendo desenvolvido através da troca de missões militares entre Brasil, EUA, Argentina e Uruguai, colocando fim na tradicional política de paz e neutralidade[39].

Dessa forma, o idealismo das relações internacionais passou a dominar o cenário do Estado-Novo e nesse trabalho verifica-se a correspondência universalista que não desapareceu, apenas ficando retraída pelos novos objetivos reformistas da nação na dimensão econômica, rumo ao desenvolvimento e cujos debates pretendem perceber suas influências na orientação da manutenção do universalismo.

Após a Segunda Guerra Mundial, um novo panorama de concerto internacional descortinou-se, a Guerra Fria, a descolonização africana e asiática e, posteriormente, o fim do socialismo real, com inúmeros acon-

37 Cf. S. Schwartzman (org.), ***op. cit.***

38 Cf. L. Pinheiro, ***Política Externa Brasileira***, Rio de Janeiro, Zahar, 2004.

39 Cf. S. Schwartzman (org.), ***op. cit.***

tecimentos que permitiram que a política externa brasileira adotasse diferentes paradigmas, esta, por sua vez, esteve vinculada à política interna, que passou por período que alternaram o alinhamento e independência dos Estados Unidos. Com o advento da Nova República e a redemocratização do país passou a adotar uma política externa que acompanhou o pensamento neoliberal, mas seus percalços acabaram por rever a percepção universalista[40].

O Brasil desde o governo Médici manteve interesses ao buscar aproximação com Portugal, para chegar às suas colônias na África, e com a África do Sul, incondicional aliada dos países centrais do ocidente, porque encontrava na bipolaridade da ordem mundial o sustentáculo do apoio que esses países empreendiam por conta da ameaça do comunismo no continente. A África do Sul também encontrava vantagens para a reprodução do seu capital, servindo para blindar a questão do ***apartheid*** dos problemas mundiais. Isto remetia para a questão da segurança dos interesses do Brasil em relação ao posicionamento geográfico do continente[41].

Mas que no governo seguinte, do general Geisel, teve redirecionada sua política externa para o grupo terceiro mundista, com uma aproximação diplomática da China e o reconhecimento das independências das ex-colônias portuguesas na África, de governos de orientação marxista-leninista. Até esse momento, a imagem brasileira no continente africano esteve associada à África do Sul e Portugal, mas passou-se a afinar-se com os países que lutavam contra o ***apartheid***[42]. Consequentemente, a África do Sul, devido ao seu alinhamento com os países do primeiro mundo, mantinha uma política do governo sul-africano em manter a bipolaridade de defesa do capitalismo, de orientação ideológica, já tendo ocupado a Namíbia e ameaçava invadir Angola, por causa da orientação de esquerda do grupo que tinha assumido o poder, o MPLA, e com isso ameaçava estender o conflito leste-oeste para o Atlântico Sul, região estratégica para

40 Cf. R.A.D. Villa, ***Da crise do realismo à segurança global multidimensional***, São Paulo, Annablume, 1999.

41 W.S. Gonçalves & S. Miyamoto, ***op. cit***.

42 Cf. M.M. Lopes, O aparthied. São Paulo, Contexto, 1990.

os interesses político do Brasil. Com isso, definitivamente se afastava da matriz ideológica que bipolarizava as relações internacionais, a política externa brasileira e, ainda, surgia a oportunidade, devido ao seu tamanho, de tornar-se um porta-voz das aspirações dos países africanos de língua portuguesa. Portanto, a política externa brasileira era já a esse tempo universalista, mesmo após a intensificação da bipolarização que o presidente Reagan (1981-1989) implementou durante seu governo, como prioridade da política externa dos EUA[43].

O que se deixa transparecer desse quadro político é que a política externa necessita de uma decodificação mais detalhada, a fim de elucidar as intenções mais específicas da política externa brasileira para a África. As relações com as nações africanas componentes da CPLP, que se constitui em um outro eixo da política externa para a África, tanto nas relações bilaterais, quanto de uma estratégia de triangulação multila-teral. Os dois principais países da CPLP na África são: Angola e Moçambique, que também fazem parte da SADC e mantêm relações econômicas com seus parceiros, no âmbito das duas organizações. Como se vê, constituindo-se numa região estratégica para os interesses econômicos da África do Sul, devido à proximidade territorial, portanto podendo colocar em cheque a materialização dos interesses brasileiros, que já vem atuando na área, em decorrência das posições geográficas e aos laços históricos que ligam o Brasil à África[44].

Mas a nova política externa brasileira tinha de fato alcançado a independência, pois mesmo quando, em 1981, uma incursão sul-africana ao território angolano, sob pretexto ideológico, para apoiar a UNITA e que podia desestabilizar o governo do MPLA, o governo brasileiro aventou a hipótese de deslocar tropas brasileiras para apoiar o governo angolano. Como se vê, o universalismo da política externa brasileira, não esquecendo do seu caráter mundial Sul-Sul e para outros países africanos, para a região

43 Cf. A. Sampson, ***O negro e o ouro: Magnatas, revolucionários e o apartheid***, São Paulo, Cia. das Letras, 1988.

44 Cf. P.S. Feijó Sobrinho, ***Comunidade dos Países de Língua Portuguesa. Institucionalização e relações culturais, políticas e econômicas***, Rio de Janeiro, Revan, 1997.

austral do continente africano tem várias frentes de ação, num contexto ***pós-apartheid***, que, necessariamente, fazem parte da política ampla de inserção do país nas relações de poder mundiais. Mesmo estando sujeitas às mudanças de governo e da política internacional, ela vem desde os governos militares procurando desenhar uma geopolítica que possibilite o desenvolvimento brasileiro, dentro da perspectiva da interdependência que vem caracterizando as relações internacionais pós-globalização, e ascensão nas esferas de decisão dos organismos internacionais.

A aproximação do Brasil com a África do Sul aparenta ter boas perspectivas, uma vez que os dois países possuem características geo-econômicas semelhantes, possibilitando vislumbrar uma política de cooperação no sentido e fortalecimento das relações sul-sul, cujo âmbito pretende abranger uma relação menos desigual com os países do norte, principalmente o G-77.

B – A política externa brasileira para a África a partir da democratização

O governo Sarney, apesar das crescentes dificuldades da economia e das adversidades emanadas do sistema internacional, manteve um alto perfil na relação Brasil-África. Ele visitou Cabo Verde e, posteriormente, Angola e Moçambique, que atravessavam momentos difíceis face às investidas sul-africanas e à guerra civil. Em 1986, em plena Era Reagan e no contexto de militarização do Atlântico Sul (pós-Malvinas), logrou que a ONU aprovasse o estabelecimento da Zona de Paz e Cooperação do Atlântico Sul (ZoPaCAS). Nesse contexto, em 1988, promoveu a I Conferência do Atlântico Sul, no Rio de Janeiro, com a participação de 19 países africanos. A emancipação da Namíbia, a crítica ao apartheid e o apoio à paz em Angola (via retirada das forças sul-africanas e cubanas) eram pontos importantes dessa política, ao lado da busca do desenvolvimento[45].

45 Cf. P. Coelho & F. Saraiva (orgs.), Fórum Brasil-África: Política, cooperação e comércio, Brasília, IBRI/FUNAG, 2004.

A ascensão de Fernando Collor de Mello à presidência e a adoção do neoliberalismo como política econômica, em 1990, abriram nova fase de distanciamento em relação à África. No contexto do fim da Guerra Fria e da criação do Mercosul, em 1991, a África foi considerada um cenário secundário, nos marcos de uma diplomacia baseada numa visão primeiro-mundista e neoliberal da globalização. O número de diplomatas brasileiros na África diminuía constantemente, como lembra Flávio Saraiva: em 1973, era de 25, atingindo 34 em 1989 e caindo para 24 em 1996, já na gestão FHC.

Em 1993, Itamar Franco reativou a ZoPaCAS e, no ano seguinte, realizou o Encontro de Chanceleres de Países de Língua Portuguesa em Brasília. Mais importante, contudo, foi o apoio bilateral e multilateral (via ONU) ao processo de paz e reconstrução em alguns países do continente, especialmente em Angola[46].

No governo FHC (1995-2002), o lugar da África nas relações internacionais do Brasil continuou modesto, mas houve algumas iniciativas importantes e uma certa inflexão ao longo do segundo mandato, que viriam a ser qualitativamente aprofundadas pelo governo Lula. A partir de 1995, o exército brasileiro participou ativamente das missões de paz da ONU em Angola e em alguns outros países. Em 1996, FHC visitou Angola e África do Sul, firmando acordos em várias áreas e, em 1998, o presidente Mandela visitou o Brasil.

A nova África do Sul emergia como parceira importante para o Brasil. No ano 2000, aquele país assinou um Acordo Quadro com o Mercosul. No mesmo sentido, a cooperação no campo das políticas públicas cresceu, especialmente, quando o Brasil iniciou sua luta por quebrar os direitos de patente dos medicamentos para a AIDS, epidemia que assola a África austral. Quando o presidente, no contexto da crise do Real, começou a criticar a "globalização assimétrica", passou também a haver uma maior

46 Cf. J.A.G. Albuquerque, ***Relações Internacionais Contemporâneas – A ordem mundial depois da Guerra Fria***, Petrópolis, RJ, Vozes, 2005.

convergência na diplomacia mundial e seus foros multilaterais, especialmente econômicos[47].

A presidência Lula, iniciada em 2003, abriu um novo capítulo nas relações Brasil-África, combinando uma nova visão sobre a ordem internacional com a transformação social interna. O discurso e a prática diplomática do atual governo convergem para a construção de alianças preferenciais com parceiros no âmbito das relações Sul-Sul.

Nessa perspectiva, o continente africano representa uma das áreas de maior investimento em termos diplomáticos do governo, só superada pela América do Sul. O Presidente Lula e o Ministro das Relações Exteriores Celso Amorim, durante o primeiro mandato, realizaram várias visitas e estabeleceram inúmeros acordos com os diferentes países africanos. Em um pouco mais de 4 anos de governo, foram 5 viagens ao continente que resultaram na visita a 17 países[48].

Em seu primeiro mandato, o presidente Lula realizou quatro viagens à África: em novembro de 2003, visitou São Tomé e Príncipe, Angola, Moçambique, Namíbia e África do Sul; em junho de 2004, São Tomé e Príncipe, Gabão e Cabo Verde; em abril de 2005, Camarões, Nigéria, Gana, Guiné Bissau e Senegal; e, em fevereiro de 2006, Argélia, Benin, Botswana e África do Sul.

Dez novas embaixadas foram implantadas e o número de diplomatas no continente africano foi grandemente ampliado. Além de manter o apoio concreto aos processos de pacificação e reconstrução, perdoou a dívida de vários países para com o Brasil, concedeu créditos e assistência em várias áreas.

No campo educacional, o Programa PEC foi ampliado e estendido à área de pós-graduação, com bolsas brasileiras, e fomentada a cooperação no campo da pesquisa científica e intercâmbio de professores. Cursos

47 Cf. J.V. Pimentel, "As relações entre o Brasil e a África subssárica", ***Revista Brasileira de Política Internacional***, 43 (1), 2000, pp. 5-23.

48 Cf. Brasil, MRE, ***Relações Bilaterais do Brasil***, Brasília, 2007 (disponível em: www.mre.brasil.gov.br, acesso em 09/12/2008).

estão sendo realizados na África e inúmeros seminários para conhecimento recíproco foram realizados nos dois lados do Atlântico. Dentre eles, cabe destacar a Conferência Internacional de Intelectuais Africanos e da Diáspora, realizado em Salvador, Bahia, em julho de 2006. Assim, a África tornou-se o mais importante laboratório da cooperação Sul-Sul, em meio ao incremento do comércio bilateral.

Enquanto a oposição acusa o governo de "desperdiçar dinheiro com um continente sem futuro", as empresas brasileiras ganham espaço, consolidando sua presença, sobretudo a Petrobrás. Se a penetração chinesa e, mais recentemente, indiana visa a objetivos econômicos, ainda que contribuindo para a construção de obras de infra-estrutura, e a recente presença norte-americana se preocupa com questões geopolíticas e de segurança, a cooperação com o Brasil, ao lado de inegáveis interesses materiais, traz elementos novos.

Trata-se do combate à pobreza e às epidemias (especialmente do HIV-AIDS), a introdução e geração de tecnologias adaptadas aos problemas do Terceiro Mundo e a aliança ativa nos fóruns multilaterais em defesa de interesses comuns na busca do desenvolvimento e da construção de um sistema mundial multipolar e pacífico. O G-3 e o G-20 são dois exemplos que contribuíram para o fortalecimento da posição dos países africanos nas negociações da OMC. Coroando essa política, foi realizado, em Abuja, Nigéria, a I Cúpula África-América do Sul (AFRAS), em novembro de 2006, propiciando às duas regiões uma projeção internacional inédita, que muito contribui para o Renascimento Africano. Ao mesmo tempo, desenvolvem-se movimentos de consciência negra, e ainda realizam-se seminários, criam-se legislações contra a discriminação racial e centros de pesquisa especializados em países africanos.

A aproximação com o continente africano não visa a obtenção de resultados em curto prazo, ainda que, em termos econômicos, a África represente um mercado importante. Nesse sentido, a política africana do Brasil apresenta-se dinâmica no plano diplomático, assumindo relevância especial quando são consideradas as ações brasileiras no conti-

nente africano. Entretanto, a dinâmica política, econômica e sócio-cultural de ambas regiões, em distintos momentos históricos, travaram ou impulsionaram essa relação. Em diferentes períodos, as ações brasileiras resultaram de uma leitura equivocada das prioridades da política externa brasileira. Essas ações, que não levaram em conta os interesses políticos e estratégicos de longo prazo, apenas os interesses econômicos e financeiros imediatos, postergaram a implementação e a renovação de projetos bilaterais, bem como o estabelecimento de acordos de cooperação no plano multilateral. Assim, cabe acompanhar a trajetória das relações entre o Brasil e a África[49].

Mas vale a pena, ainda, mencionar que, desde o fim dos anos 1980, tem crescido na África a penetração da televisão brasileira (especialmente as telenovelas), das igrejas evangélicas e, mesmo, o estabelecimento de redes de contrabando, tráfico de drogas, armas e lavagem de dinheiro (num fluxo de duplo sentido). Aspectos culturais e de segurança, assim, se tornam agendas comuns no relacionamento entre as duas margens do Atlântico Sul. O Brasil também tem recebido refugiados e imigrantes do continente africano.

II – As relações diplomáticas entre o Brasil e a Guiné-Bissau

A presença internacional da África subsaariana foi durante muitos séculos circunscrita às relações com os colonizadores. O Brasil procurou pontuar uma presença marcante na região subsaariana, mantendo relações bilaterais de diversas ordens com a maioria dos países. Contudo, as mais intensas foram com os países da CPLP, dado as afinidades culturais, porém eles possibilitam para a geopolítica brasileira uma espacialidade estratégica de acesso na região.

49 Cf. I.E. Castro, ***Geografia e Política – Território, escalas de ação e instituições***, Rio de Janeiro, Bertrand, 2005.

A natureza dos acordos deverá mostrar as estratégias que cada governo procurou adotar, bem como sua espacialidade. Outro aspecto importante relaciona-se à presença das empresas brasileiras na região e pretende verificar as influências da política externa na intensidade das trocas econômicas estabelecidas pelas empresas. Na esfera da empresa pública, a Petrobrás está presente em vários países.

No atual governo, uma comitiva de 128 empresários interessados na expansão de exportações viajou para África. Foram negociadas fábricas de cimento e de remédio, bem como construção de ferrovias, exploração de carvão, exportação de aparelhos celulares, montagem de ônibus e venda de máquinas de coletar lixo, entre outros. A estimativa do intercâmbio era a de mais de US$ 1 bilhão. Nesse contexto, o Brasil desenvolveu com os países da CPLP fortes programas de cooperação bilateral. Entre os mais significativos, estão a abertura de centros de ensino técnico brasileiros no Timor e em Angola e a disposição de urnas eletrônicas para o pleito de Guiné-Bissau, que acabou adiado por conta do golpe militar ocorrido no país[50].

A – A cooperação no quadro da Comunidade de Países de Língua Portuguesa

A comunidade tem raízes na imaginação criadora de pensadores da estirpe de Silvio Romero e Gilberto Freyre. A base de sua arquitetura foi construída pelo Presidente José Sarney, ao criar o Instituto Internacional de Língua Portuguesa — IILP, em 1989. Mas seu maior entusiasta foi, sem dúvida, o Embaixador José Aparecido de Oliveira, que impeliu o movimento cuja institucionalização só se verificaria, entretanto, sob o Governo Fernando Henrique Cardoso[51].

50 Cf. ***Resenha de Política Exterior do Brasil***, Brasília, Ministério das Relações Exteriores, 2003-2006.

51 Cf. A. Moreira (coord.), ***Comunidade dos Países de Língua Portuguesa***, Lisboa, Almedina/Instituto Português da

Da gênese se infere uma primeira dificuldade para a gerência do projeto. Entre a concepção e a criação, lembra Eliot, há sempre sombras. Os sonhadores encontram sempre defeitos na versão possível do sonho para a realidade. Os Chefes de Estado e de Governo de Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal e São Tomé e Príncipe, reunidos na Conferência de Lisboa de julho de 1996, convieram na criação de um mecanismo com três funções básicas: a concertação político-diplomática, a valorização da língua portuguesa e a cooperação técnica, científica e tecnológica. Para tanto, acordaram encontrar-se a cada dois anos em reuniões de cúpula, de onde partiriam as diretrizes gerais para a atuação do organismo e ainda determinaram que seus Chanceleres conferenciariam anualmente, para imprimir os rumos do Comitê de Concertação Permanente — CCP, formado pelos Embaixadores dos sete países membros em Lisboa, e do Secretariado-Executivo (também sediado, provisoriamente, em Lisboa).

Como órgão de concertação político-diplomática, a CPLP teve seu batismo de fogo em 1998, na crise da Guiné-Bissau. Ao negociar o fim das hostilidades entre as partes em conflito, ao articular-se com a CEDEAO, órgão regional com evidentes responsabilidades no caso e, sobretudo, ao evitar a repartição do território guineense, sem violência e sem a militarização de seus métodos, a CPLP passou com louvor no teste, conforme reconheceram, entre outros, o Secretário-Geral da ONU e os governos dos EUA e da França.

O fenômeno já foi constatado: a globalização está levando países em todo o mundo a desenvolverem uma consciência mais aguda de sua individualidade. Sendo a língua portuguesa o traço de união que confere identidade aos membros da CPLP, é natural que a Comunidade se dedique a valorizá-la e difundi-la. A implementação do IILP e do Acordo Ortográfico são etapas cruciais dessa tarefa.

Conjuntura Estratégica, 2002.

Das três vertentes da CPLP, a cooperação técnica é, talvez, a mais premente para a maioria dos membros africanos. O Brasil vem se empenhando para garantir uma base operacional adequada à cooperação intracomunitária. Já foi assinado um Acordo Geral, definindo regras comuns a todos, negociado um Fundo Especial, ou seja, um "trust fund" vinculado a projetos específicos, e estabelecida a área prioritária de ação, que é a da educação e formação profissional.

Um aspecto saudável a ressaltar é o expressivo número de iniciativas que vêm sendo tomadas, espontaneamente, com vistas à cooperação nos mais variados setores. A CPLP não é um arranjo exclusivista entre chancelarias. Para ser efetiva, deve empolgar todas as áreas dos governos e das sociedades dos países membros. São, assim, bem-vindas as múltiplas iniciativas em curso congregando Tribunais de Contas, Ministérios da Agricultura, Educação, Meio Ambiente, Justiça, Telecomunicações, Trabalho, e ainda dos Correios, organizações cooperativistas, entidades municipais, juristas, jornalistas, associações empresariais, estudantis, assistenciais — e a lista não é exaustiva. As resoluções emanadas desses encontros agregam substância à pauta da CPLP.

Tendo em vista que o Brasil havia sido o impulsionador da ideia comunitária, julgou-se, em alguns círculos, que o primeiro Secretário Executivo deveria ser um brasileiro. Mas o tempo vai demonstrando que foi sábia a opção pelo preenchimento do cargo por um critério neutro de ordem alfabética. Dadas as características da Comunidade, composta por seis antigas colônias, cinco das quais africanas e uma ex-potência colonial, nada mais natural do que confiar a tarefa a um africano. Além disso, a circunstância de Marcolino Moco ter sido Primeiro Ministro angolano é expressiva. Uma Angola pacificada e atuante será um fator de fortalecimento da CPLP.

O Brasil, quando da ocupação do Secretariado, encontrou um arcabouço normativo bastante avançado, prioridades de ação definidas e mesmo uma razoável base financeira com que trabalhar, mercê de recursos recém-aprovados pelo Congresso Nacional. Dedicou-se à divulgação

das metas da CPLP, dando organicidade às várias iniciativas que se desenvolvem sob o guarda-chuva comunitário, ampliar o diálogo com organismos internacionais e associá-los a projetos conjuntos, a fim de maximizar a eficácia dos recursos escassos. Precisará de sensibilidade para lidar com as consequências do desequilíbrio entre as exigências da opinião pública em Portugal, onde os assuntos dos países lusófonos fazem manchetes todo dia, e o silêncio no Brasil, onde a mídia não tem intimidade com as questões comunitárias. E será convocado a desempenhar um papel político de crescente importância, pois a CPLP já tem maturidade bastante para pronunciar-se sobre temas como democracia e direitos humanos[52].

A CPLP não é o remédio para todos os males. Trata-se de um instrumento político-diplomático, destinado a promover a aproximação entre os seus membros e forjar parcerias. Não substitui, mas sim complementa e fortalece a ação bilateral. Seus objetivos são de longo prazo, suas regras democráticas, seu espaço aberto à colaboração de outros parceiros, públicos ou privados, intra e extra-zona. Está dando certo na medida em que vem se firmando sem precipitações, não se transformou em "chasse gardée" de nenhum país, nem em caixa de ressonância para reivindicações dos mais carentes, nem em mais uma burocracia amarrada a projetos paroquiais. Para prosseguir no caminho correto, deverá ater-se a metas exequíveis, maximizar a equação custo/benefício e, sobretudo, consolidar consensos. Dessa maneira, servirá cada vez melhor aos seus oito integrantes.

B – A cooperação bilateral Brasil-Guiné-Bissau

O Chanceler Luiz Felipe Lampreia tem reiterado que a África é um objetivo insubstituível da política externa brasileira. Elemento essencial na formação econômica e na construção da identidade nacional, as relações

52 Cf. J.F.S. Saraiva (org.), ***Comunidade dos Países de Língua Portuguesa: Solidariedade e ação política***, Brasília, IBRI, 2001.

com o continente africano são responsáveis por páginas expressivas da história de nossa diplomacia e configuram ponto de apoio estratégico da inserção internacional do Brasil[53].

As relações entre o Brasil e a África, no segundo governo Lula, tendem a um aprofundamento sem precedentes. Em dezembro de 2007, o Brasil foi escolhido pela Comissão de Construção da Paz (CCP) das Nações Unidas para coordenar os trabalhos do órgão sobre a Guiné-Bissau. A escolha se seguiu a indicações da própria Guiné-Bissau. Na coordenação dos trabalhos da CCP para a Guiné-Bissau, o Brasil intensificará sua contribuição para o país, que já está evidenciada por meio da cooperação bilateral, bem como através da CPLP e do Fundo IBAS.

A Guiné-Bissau e o Brasil assinaram em Bissau um acordo de cooperação que prevê a assistência, apoio técnico e formação profissional no domínio da Saúde, mais em particular no combate ao vírus VIH/Sida.

O acordo foi rubricado pelos chefes da diplomacia guineense, Soares Sambu, e brasileira, Celso Amorim, na sequência da visita de trabalho de apenas cinco horas que o ministro das Relações Exteriores do Brasil efetuou em Bissau, na companhia da ministra da Promoção da Igualdade Racial, Matilde Ribeiro. Celso Amorim, que já seguiu para Dacar, terceira etapa da digressão que começou sexta-feira em Cabo Verde e que termina depois de visitas ao Senegal, Nigéria e Camarões, aproveitou também para inaugurar um Centro de Formação Profissional em Bissau. Segundo Celso Amorim, a cooperação com a África e, sobretudo, com os países de expressão portuguesa – Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe – é uma das prioridades do governo do presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que deverá, "em breve", efetuar uma visita oficial a Bissau.

Na curta declaração aos jornalistas, aos quais não foi disponibilizado qualquer documento oficial, nem sobre o acordo nem sobre a declaração

53 Cf. P. Coelho & H. Mendonça (orgs.), ***Relações Brasil-África: Um colóquio***, Brasília, Ministério das Relações Exteriores, 2002.

conjunta, Celso Amorim sublinhou que a cooperação com a Guiné-Bissau é "já uma realidade", consubstanciada nos vários projetos bilaterais. O chefe da diplomacia brasileira lembrou que Brasília já disponibilizou, no âmbito da Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), 500 mil dólares para apoiar o pagamento dos salários e da reestruturação em curso nas Forças Armadas. No entanto, realçou, além da cooperação multilateral, através da CPLP, o Brasil já tem projetos bilaterais em curso, nomeadamente nos domínios da educação, saúde e formação. Afirmou ainda que, já há alguns anos, a cooperação bilateral foi alargada a outras áreas, como a Educação, através da atribuição de bolsas a estudantes guineenses para estudarem em universidades brasileiras, e que se pretende, agora, estendê-la aos domínios da Agricultura e dos Direitos Humanos.

Nesse sentido, lembrou o projeto IBAS, que envolve Índia, Brasil e África do Sul, que lançou as bases para uma maior colaboração e cooperação na área agrícola, através de um projeto destinado a combater a pobreza na Guiné-Bissau. Em relação ao acordo no domínio da Saúde, majoritariamente ligado ao combate ao vírus VIH/Sida na Guiné-Bissau, prevê que o Brasil forneça medicamentos anti-retrovirais para apoiar os mais de 43.000 doentes registrados no país. Nos termos do acordo, o Brasil vai também comprometer-se a apoiar o tratamento dos soropositivos na Guiné-Bissau e a dar formação a especialistas guineenses tanto num como noutro país. Segundo dados oficiais, a Guiné-Bissau conta com uma reduzida taxa de prevalência do vírus VIH/Sida, embora tenha confirmado mais de 43 mil casos, entre uma população estimada em mais de 1,3 milhões de habitantes.

Na parte política, a Guiné-Bissau assegurou ao Brasil que irá apoiar a reforma das Nações Unidas e a candidatura do Brasil a um lugar como membro permanente do Conselho de Segurança, caso avance a reestruturação daquele órgão. Paralelamente, Celso Amorim, que viaja acompanhado por uma delegação de 30 pessoas, entre altos responsáveis de diferentes Ministérios e empresários, foi recebido pelo presidente e pelo primeiro-ministro da Guiné-Bissau, respectivamente Henrique Rosa e Car-

los Gomes Júnior. O Brasil dispõe de uma embaixada em Bissau desde a década de 70 do século XX e, desde então, tem mantido vários projetos de cooperação na Guiné-Bissau, nomeadamente nas áreas da Saúde e Educação.

O Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica entre o Governo da Guiné-Bissau e o Governo da República Federativa do Brasil, de iniciativa da Agência Brasileira de Cooperação (ABC), data de 18 de maio de 1978. Daí surge toda a base legal que fundamentará os acordos nas áreas que seguem:

No que diz respeito à área de saúde, foi assinado, por ocasião da visita do Ministro de Estado àquele país, em janeiro de 2005, Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para implementação do Programa de Cooperação Internacional em HIV/AIDS. O projeto tem o propósito de fortalecer a capacidade de combater a epidemia de HIV/AIDS, utilizando tratamento universal com terapia anti-retroviral de primeira linha e também prevenir a transmissão materno-infantil.

Quanto ao tema da formação profissional, há um Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica para implementar um projeto de construção de Centro de formação Profissional e Promoção Social de Bissau. A parceria nesta área deverá possibilitar a qualificação de jovens e adultos, preparando-os para o exercício de uma atividade produtiva e, por conseguinte, permitir a geração de renda. Tal projeto está em fase final de elaboração, esperando assinatura oficial do Governo da Guiné-Bissau e do Ministro de Estado responsável pelo início da implantação deste Centro Técnico em território guineense com o apoio de orientação de técnicos da Agência Brasileira de Cooperação (ABC) e do Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI).

Existem dois projetos pilotos na área agrícola, ambos embasados em Ajuste Complementar ao Acordo Básico de Cooperação Técnica e Científica celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Guiné-Bissau, sendo um sobre cultivo de arroz irrigado e outro sobre produção de cajú. Este versa sobre transferência de tecnologia

para implementação de modernas técnicas de produção e processamento industrial de cajú na Guiné-Bissau. Aquele se refere à contribuição para o desenvolvimento guineense de forma a aprimorar as plantações de arroz e melhorar a produtividade e alavancar o setor agrícola por intermédio da capacitação de técnicos e experimentos e a utilização de novas técnicas de plantio. Os dois projetos estão pendentes, esperando assinatura oficial por parte dos overnos guineense e o brasileiro.

Na última visita presidencial à República da Guiné-Bissau, realizada no período de 9 a 13 de abril de 2005, foi dado aos projetos de cooperação técnica entre Brasil e Guiné-Bissau status prioritário na aprimoração das relações entre os dois países nos mais variados campos, em especial a saúde, a agricultura e a formação profissional. Existem estudos de prospecção em outras áreas do saber que, com o devido tempo, entrarão na pauta de discussão quando da visita oficial de representantes diplomáticos em ambas as nações.

A convite do presidente Luís Inácio Lula da Silva, esteve em visita oficial ao Brasil, em 2007, o presidente da Guiné-Bissau, João Bernardo Vieira. "A visita inscreve-se no marco das tradicionais relações de fraternidade e de cooperação existentes entre os dois países, que têm profundas raízes históricas, culturais e lingüísticas" divulgou o Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Entre as questões abordadas no encontro dos dois presidentes, foi abordada a atualidade internacional e reforço das relações bilaterais, em particular a concertação política e cooperação entre Brasil e a Guiné-Bissau.

Cerca de 900 estudantes guineenses já obtiveram uma formação superior e de pós-graduação no Brasil, desde 2000. A pedido do presidente guineense, o Brasil buscará formas de apoio à comunidade guineense que reside no país, e uma política transversal que ofereça maior proteção aos estudantes no Brasil, e contribua para "tornar a diáspora um importante vetor do desenvolvimento guineense".

Um dos destaques do encontro foi ainda o debate acerca dos países em desenvolvimento, pontos de vista em comum de Brasil e Guiné. Para

ambos, é importante o reforço da cooperação Sul-Sul, por meio da solidariedade ativa, do estreitamento das relações comerciais e investimentos, do intercâmbio de recursos científicos e tecnológicos e da partilha de conhecimentos.

Neste âmbito, ambos os países continuarão com a coordenação político-diplomática e atuação conjunta em fóruns internacionais, e atividades da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP). Foi também abordado o interesse dos países na implementação do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

Ainda, foi divulgada a conclusão do Centro de Formação Profissional na Guiné-Bissau, projeto de US$ 1,4 milhão, financiado pelo Brasil, e que possibilitará a formação técnico-profissional em áreas como construção civil e serviços. Lula reafirmou ao seu homólogo a disposição de continuar a promover uma política africana de raízes comuns, visões compartilhadas, no princípio da solidariedade e relacionamento próximo com os organismos regionais e continentais.

O presidente Vieira esteve acompanhado da primeira-dama Isabel Vieira e de uma delegação que incluía a Ministra dos Negócios Estrangeiros, Cooperação Internacional e Comunidades, e ainda o Ministro da Economia e Integração Regional e altos funcionários do Governo guineense.

Conclusão

Quanto disso tudo é discurso político e interesse econômico ou uma associação entre duas periferias na busca do desenvolvimento sócio-econômico só o tempo dirá. Os governos africanos, por um lado, precisam superar a mentalidade assistencialista e vitimizada dependente da ajuda, criada na época da Guerra Fria e agravada na "década perdida" e intensificar seus processos de integração, sob o impacto desafiante da globalização. Superar a herança colonial do "dividir para reinar", contida na configuração de pequenos e inviáveis Estados, é uma necessidade urgente.

Ao mesmo tempo, necessitam aprofundar seus vínculos de cooperação externa numa perspectiva autonomista, revertendo a marginalização do continente.

O Brasil, por outro lado, é um país ***mestiço***, não uma "democracia racial" (falso conceito conservador) nem uma nação multicultural (conceito pós-moderno europeu/norte-americano). Mestiçagem não significa branqueamento, mas ***mistura***, algo que tem a ver com uma cultura que ignora certas diferenças e sente tremenda atração por outras. Estamos construindo uma cultura própria, em que o elemento africano tem uma contribuição decisiva e que necessita ser reconhecida, e as desigualdades sociais, que penalizam especialmente os negros, têm de ser eliminadas. E, mesmo em meio a tantas injustiças, temos uma enorme tolerância, que poderia ser um modelo para um mundo de intolerância.

Muito além do aspecto comercial, o Brasil pode ser um parceiro importante para o continente africano, desde que consiga superar certos entraves políticos, sociais e econômicos internos. A África, por sua vez, também é útil ao Brasil, não apenas em termos econômicos, mas também político-culturais. Mesmo sendo uma região em desenvolvimento do Terceiro Mundo, sempre existe a tentação primeiro-mundista das elites brasileiras. Além de receber estudantes africanos, o Brasil deveria enviar estudantes e turistas para a África, o que contribuiria para o aperfeiçoamento de nossa identidade. Por fim, a tensão entre uma cooperação transoceânica voltada para o Atlântico Norte (decorrente da história do capitalismo) e outra voltada para o Atlântico Sul (baseada na integração sul-americana, na associação com a África e na cooperação Sul-Sul) representa uma contradição fundamental. Nesse contexto, as relações Brasil-África são decisivas para sua superação.

Referência bibliográfica

ANDRADE, Manuel Correia de. ***O Brasil e a África***. São Paulo: Contexto, 2001.
ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. ***Relações Internacionais Contemporâneas – A ordem mundial depois da Guerra Fria***. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

Brasil-MRE. ***Relações Bilaterais do Brasil***. Brasília, 2007 (disponível em: www.mre.brasil.gov.br [acesso em 09/12/2008]).

CASTRO, Iná Elias de. ***Geografia e Política – Território, escalas de ação e instituições***. Rio de Janeiro: Bertrand. 2005.

COELHO, Pedro & MENDONÇA, Helio de (orgs.). ***Relações Brasil-África: um colóquio***. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2002.

COELHO, Pedro & SARAIVA, Flávio (orgs.). ***Fórum Brasil-África: Política, cooperação e comércio***. Brasília: IBRI/FUNAG, 2004.

RESENHA de Política Exterior do Brasil. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 2003-2006.

FEIJÓ SOBRINHO, Pedro da Silva. ***Comunidade dos Países de Língua Portuguesa***. Institucionalização e relações culturais, políticas e econômicas. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

GONÇALVES, Willians da Silva & MIYAMOTO, Shiguenoli. ***Os militares na política externa brasileira: 1964-1984***. Rio de Janeiro. Estudos Literários, vol 6, 1993.

LOPES, Marta Maria. ***O aparthied***. São Paulo: Contexto, 1990.

MOREIRA, Adriano (coord.). ***Comunidade dos Países de Língua Portuguesa***. Lisboa: Almedina/Instituto Português da Conjuntura Estratégica, 2002.

PIMENTEL, José Vicente, "As relações entre o Brasil e a África subssárica", ***Revista Brasileira de Política Internacional***, 43 (1), 2000, pp. 5-23.

PINHEIRO, Letícia. ***Política Externa Brasileira***. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

SAMPSON, Anthony. ***O Negro e o Ouro: Magnatas, revolucionários e o apartheid***. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

SARAIVA, José Flávio Sombra (org.). ***Comunidade dos Países de Língua Portuguesa: Solidariedade e ação política***. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2001.

SCHWARTZMAN, Simon.(Org.). ***Estado Novo, um Auto-retrato***. Brasília: UnB, 1982.

VILLA, Rafael Antonio Duarte. ***Da crise do realismo à segurança global multidimensional***. São Paulo: Annablume, 1999.

VISENTINI, Paulo; RIBEIRO, Luiz & PEREIRA, Analúcia. ***Breve História da África***. Porto Alegre: Leitura XXI, 2007.

4. SISTEMAS ELECTORALES EN EL MERCOSUR[54]*

Celso Castillo Gamarra[55]**

1. Introdução

América Latina es quizás la región del mundo en que los electores tienden a depositar mayoritariamente su fe en el poder de los sistemas electorales, porque piensan que estos poseen el potencial de generar tendencias en el campo de los fenómenos políticos y generar modalidades más abiertas de participación. Justamente porque el proceso de transición y consolidación democrática en el Cono Sur, se ha desarrollado en un marco de tradición autoritaria que se resiste a desaparecer a pesar de los argumentos a favor de la profundización de la democracia representativa para una mayor estabilidad política.

En gran medida, la recomposición de la política democrática en nuestros países depende de los estilos de liderazgos y capacidad de gestión en las áreas claves de la transición, una de ellas, es justamente el sistema electoral que debe reflejar realmente con lealtad a los intereses populares, que en nuestro caso, a pesar de la voluntad de la mayoría, hemos venido siendo gobernados por las minorías cupulares de los dos grandes partidos. Los votantes están cansados de votar únicamente y desean conquistar el derecho de elegir a sus candidatos para los cargos y destituir a los que no les satisfacen.

Mediante el análisis comparado de ésta institución política clave, el sistema electoral, la modificación de la Ley Electoral en el Paraguay y la inclusión de la Lista Abierta para el sufragio, es una sentida necesidad para

54 * Texto básico de la conferencia II Congresso Transdisciplinar Direito e Cidadania – UFGD/UEMS, 2008.

55 ** Catedrático da Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, Asunción, Paraguay.

resolver el problema de un sistema burocrático-autoritario que no termina de desarmarse y que se ha mantenido a pesar del nivel del progreso de la democracia en los países inmediatamente vecinos y porque la ley electoral no ha acabado de amoldarse a las transformaciones que se han operado últimamente en nuestra sociedad, lo que puede conducir inexorablemente al rompimiento del proceso.

2. La lista abierta como una proposición

Las estructuras heredadas del pasado autoritario deben readecuarse para que sirvan al régimen democrático, aplicando para ello diversas técnicas como la negociación, la concertación y el compromiso creativo para hacer frente a la serie de fuerzas contradictorias que aún subsisten. Desde una perspectiva democrática, el sistema electoral aparece como la intersección clave para resolver los diversos intereses políticos sociales, y un paso esencial para aumentar la legitimidad de los gobernantes.

La lista abierta para el sufragio que se propone, no es para innovar por innovar, sino para corregir el enorme daño que se ha venido haciendo a la voluntad popular a través de las listas cerradas y bloqueadas para los cargos de senadores, diputados, juntas departamentales y municipales. Creo necesario la introducción de la lista abierta en la legislación electoral para responder más directa y rápidamente a la voluntad popular y operar los cambios que deben favorecer la transformación interna de los partidos, para su efectiva democratización.

Nuestra democracia está enfrentando en la actualidad el reto del ajuste estructural y la reforma del estado. Democracia significa algo más que el derecho de gobernarse a sí mismos. Democracia es defender la libertad, la igualdad y la fraternidad y rechazo al poder arbitrario. En ese ámbito, la demanda del electorado es la más amplia libertad a la hora de elegir a sus gobernantes y entre estos, al modo de selección de los candidatos a los cargos públicos, como una cuestión que se reflejará necesa-

riamente en el mejoramiento o desmejoramiento de nuestra democracia política.

Por ello, un sistema de listas abiertas, en los cuales los sufragantes no sólo indican sus preferencias por un partido, sino también a sus candidatos preferidos en la lista de ese partido, es la mejor razón para que el pueblo en cada vez mayor número se acerque a las urnas y aprecie vivir bajo el alero de las libertades públicas, con derechos humanos garantizados, en una sociedad que le permite ejercer el sufragio en el marco de un sistema político que ofrece iguales oportunidades para todos, y elegir gobernantes que puedan efectivamente aplicar las leyes y los electores, puedan a su tiempo, relegar a líderes políticos que no han respondido a sus expectativas o han fracasado con su conducta.

Con la lista abierta, donde los electores se erigen en la piedra angular de la democracia, se está más cerca de producir un gobierno verdaderamente representativo y se ayuda al surgimiento de partidos políticos más sólidos en su organización interna,

A pesar de las otras condiciones para ejercer el derecho al sufragio que puedan exigirse, un sistema electoral con listas abiertas permitirá a los electores que voten directamente mayor número de cargos y una participación directa en la selección, promoción y elección de los candidatos que los representen. Es también una manera de desechar las ingerencias de los poderes fácticos o cúpulas partidarias.

A medida que la democracia se desarrolla, se hace patente la inclusión y la ampliación del número de electores y en ese campo, las listas abiertas permitirán fortalecer la credibilidad de la población en su sistema electoral y su masiva participación en los comicios, constituyéndose en uno de los factores para la consolidación de la democracia representativa en todas sus dimensiones.

Este cambio que se propone a la ley electoral hará más democrático al gobierno representativo y facilitará que se manifieste la verdadera voluntad popular. A medida que nuestras comunicaciones progresan, el

gobierno necesariamente debe hacerse más democrático, con elecciones más transparentes y accesibles, asegurándose el papel decisivo de los partidos políticos basados en valores e ideologías de carácter general y no limitados a intereses de personas o grupos.

La lista abierta tuvo su origen en la necesidad de perfeccionar la democracia representativa, como otra opción de la lista cerrada no bloqueada. Con esto se busca evitar la oligarquización de los partidos y los cargos vitalicios en el parlamento. La lista cerrada y bloqueada favorece la formación de círculos interiores porque el elector no tiene otra opción que votar a los candidatos puestos en el orden, sin poder variar, lo que permite conservar el círculo oligárquico partidario.

Con la lista abierta los electores pueden romper el "circulo interior" y con el vitaliciado de la oligarquía dirigencial, al poder cambiar el orden que se les ofrece de antemano, como también tachar nombres de la lista y agregar nuevos o combinarlos con listas diferentes.

Actualmente, la mayoría de los sistemas de representación proporcional por lista en el mundo, son cerrados, en el sentido de que el orden de los candidatos en la lista es determinado por el propio partido. Pero también, es cierto, que muchos sistemas de representación Proporcional por lista en Europa, utilizan listas abiertas en las cuales los votantes no sólo indican su preferencia por un partido sino también a su candidato favorito. En la mayor parte de los sistemas el votar por un candidato además de por un partido es opcional.

La tendencia mayoritaria en América Latina es el predominio del sistema de listas cerradas y bloqueadas, para un total de 11 países: Argentina, Colombia (con listas múltiples), Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicarágua, Paraguay, República Dominicana y Uruguay. Otros cuatro países cuentan con un sistema de voto preferente o preferencial, es decir listas cerradas pero no bloqueadas: Brasil, Chile, Panamá y Perú. Por su parte, México tiene un sistema segmentado, mientras que Bolivia y Venezuela cuentan con un sistema mixto. Ningún país de América Latina cuenta con listas totalmente abiertas.

En el primer caso, listas cerradas y bloqueadas, no existe una personalización del voto sino que se vota por toda la lista. Las críticas a este sistema destacan el hecho de que no permite al elector un buen margen de escogencia y quien rinde cuenta no es el político individualomente sino el partido.

Por su parte, la ventaja del sistema de voto preferencial, listas cerradas pero no bloqueadas, radica en que facilita una mayor personalización del voto, y entre su principal desventaja se señala que tiende a menoscabar la unidad y disciplina interna de los partidos y a incentivar la autonomía de los parlamentarios frente a sus partidos.

En suma, el predominio de los sistemas electores proporcionales en la gran mayoría de los sistemas electorales latinoamericanos, favorece el valor de la "representación" (aunque no demasiado) por encima del valor de la "eficacia". Esto trae, entre otras varias, tres consecuencias principales:

1) Los partidos pequeños tienen la oportunidad de obtener representación, pero esta no suele ser proporcional a la totalidad de la fuerza electoral;

2) En estas dos décadas se ha producido un aumento efectivo promedio de partidos políticos, el cual ha pasado de una media regional de 2.6 a 3.4: y,

3) Los sistemas proporcionales brindan poca garantía a los presidentes de obtener una mayoría en el Congreso, debido a que bastantes partidos pueden lograr una representación significativa. De hecho en América Latina, la mayoría de los ejecutivos han tenido serios problemas a la hora de armar mayorías necesarias en el parlamento, pese a contar con buenos niveles de apoyo popular y fuertes facultades constitucionales, han enfrentado problemas de gobernabilidad y de bloqueo legislativo al estar en minoría en el Congreso.

Por otra parte, el predominio de listas cerradas y bloqueadas tiende a impedir el desarrollo de vínculos estrechos entre los electores y sus representantes y limita la rendición de cuentas. En muchos casos, los elec-

tores no conocen a sus representantes, ni saben cómo éstos votan en el Congreso, o bien si son capaces o no. Por otro lado, los representantes tienen pocos incentivos a mantener relaciones estrechas con sus electores dirigidos a satisfacer sus demandas. Por el contrario, más bien fija su atención en complacer a los dirigentes partidarios nacionales o regionales, con el fin de obtener puestos privilegiados en la lista partidaria de cara a las próximas elecciones. En parte, a consecuencia de los incentivos basados en el sistema electoral, los parlamentos en la mayoría de los países latinoamericanos no han jugado un papel central, enérgico e independiente en la formulación de la política o en la supervisión del poder ejecutivo.

Hubiera sido de esperar que los sistemas de representación proporcional con listas cerradas y bloqueadas hubieran fomentado el desarrollo de partidos "fuertes". Sin embargo esto no ha ocurrido en general, si con el término "fuerte" se quiere afirmar que los partidos cuentan con la lealtad y respeto de la ciudadanía y que representan claros conjuntos de principios y orientaciones programáticas. En los países latinoamericanos con sistemas de listas cerradas y bloqueadas suelen ser "fuertes" sólo en el sentido de que los legisladores tienden a seguir las órdenes de sus respectivos dirigentes.

Los que se oponen a las listas abiertas pueden decir que aumenta el gasto de las elecciones. Eso es cierto, pero con ese argumento no se gana ninguna elección, porque todas cuestan dinero. Quizás la crítica más razonable que suscita la lista abierta, es la carga que representa para el votante y para las papeletas, pero no hay duda que obra contra los caciques políticos y los privilegios especiales.

La democracia representativa supone la libre determinación de los individuos para elegir quienes los gobernarán en nombre de toda la sociedad. El criterio de la representación política, la alternancia en el poder, la legitimidad de los representantes, la duración de los mandatos, la periodicidad de las elecciones, son todos temas íntimamente vinculados con la democracia representativa, regidos por el sistema electoral.

2.1. Formas de listas

Listas cerradas y bloqueadas: en este tipo de listas el orden en que se presentan los candidatos no puede ser modificado. Las bancas que corresponden a la lista se adjudican a los candidatos en el orden en que éstos aparecen en la nómina.

Listas cerradas no bloqueadas: en este caso no importa tanto el orden de los candidatos dentro de la lista, ya que el elector ante una lista de este tipo puede votarla así como está o puede reordenar los candidatos, poniendo un número delante de cada nombre que indique el orden de sus preferencias. Este tipo de listas admite la eliminación por parte del elector de algún candidato, tachando su nombre de la lista.

Listas abiertas: esta modalidad de listas admiten no solamente cambiar el orden de los candidatos de acuerdo a las preferencias del elector, sino que además, éste puede votar a candidatos de listas distintas, elaborando así una nueva lista.

Listas Abiertas, Cerradas y Libres. Existen importantes variantes en la forma de emitir el voto entre los distintos sistemas de Representación Proporcional por lista. Una de las más importantes tiene que ver con las listas si es abierta, cerrada o libre, en términos de la facultad que le conceden al elector para votar por el candidato o el partido de su preferencia.

En la mayoría de los sistemas de Representación Proporcional por lista, éstas son cerradas, es decir, el orden de los candidatos es determinado por los partidos y los electores no pueden expresar su preferencia por alguno de ellos. El sistema instituido para las primeras elecciones democráticas en Sudáfrica fue un buen ejemplo de lista cerrada. La papeleta contenía los nombres y símbolos de los partidos y una foto de su líder, pero no el nombre de los candidatos en lo individual. Los votantes simplemente escogían al partido de su preferencia, de esa manera el candidato individual que resultaba elegido era el predeterminado por los partidos. Esto implicaba que los partidos podían incluir algunos candidatos (tal

vez miembros de minorías étnicas, grupos lingüísticos o mujeres) que de otra forma podrían haber tenido dificultad de ser elegidos.

Un aspecto negativo de las listas cerradas es que los votantes no tienen capacidad para determinar quien será el representante de su partido. Las listas cerradas son generalmente insensibles a los cambios ocurridos en el entorno. Por ejemplo, en las últimas elecciones nacionales, el candidato que encabezaba la lista senadores del partido colorado fue señalado como inhábil para optar por el cargo, pero como se trataba de listas cerradas, los electores tuvieron que votar por él si querían apoyar a su partido.

Muchos de los sistemas de Representación Proporcional de Europa continental utilizan listas abiertas, en las cuales los votantes pueden indicar no sólo su partido, sino también su candidato favorito dentro de ese partido. En la mayoría de estos sistemas, el voto para un candidato así como para un partido es opcional y, debido a que la mayoría de los electores votan por el partido y no por los candidatos, la opción de elegir candidatos en la papeleta tiene poco efecto. Pero en algunos casos esta elección tiene una gran importancia ya que los electores deben votar por candidatos, y el orden en que los candidatos son electos está determinado por el número de votos individuales que reciben.

Si bien este modelo les brinda a los votantes una mayor libertad en la elección de sus candidatos, también genera efectos secundarios no muy deseables. Dado que los candidatos dentro del mismo partido compiten efectivamente entre sí por los votos, esta forma de lista abierta puede producir conflictos y fragmentación Ínter partidario. También pueden revertir los beneficios potenciales partidistas de presentar listas con fórmulas de candidatos diversos. Por ejemplo, en elecciones de Representación Proporcional por listas abiertas en Sri Lanka, los intentos de los grandes partidos srilaneses por incluir candidatos minoritarios en posiciones de triunfo potencial dentro de sus listas fueron anulados porque muchos de los electores votaron deliberadamente por candidatos srilaneses colocados en posiciones más bajas en el orden de las listas.

Algunos otros dispositivos son usados en pequeñas jurisdicciones para agregar mayor flexibilidad a los sistemas de lista abierta. En Luxemburgo y Suiza, los electores tienen tantos votos como escaños a ocupar y los pueden distribuir entre los candidatos de una sola lista de partido o entre varias listas diferentes, como ellos lo deseen. Tanto la posibilidad de votar por más de un candidato en diferentes listas de partidos, como la de emitir más de un voto por un solo candidato, le brindan una medida adicional de control al elector y ambas son catalogadas aquí como sistemas de listas abiertas.

3. Las alternativas a las "listas cerradas"

El reclamo de los ciudadanos por una mayor participación ha convertido a las listas "cerradas" en el blanco de una crítica que deposita en ella todos los vicios del sistema de representación política. Esta es la demanda de reforma del sistema electoral que tiene más eco en la sociedad y más difusión en los medios de comunicación. La calificación de "cerrada" a las listas tiene más de un significado. Se denominan así a las listas grandes, las listas cerradas y bloqueadas (que no permiten incorporar otros candidatos o establecer preferencias entre los integrantes de la lista) y a las listas de elecciones concurrentes en las que los ciudadanos deben elegir en un mismo acto a candidatos para ocupar distintas dignidades.

Una alternativa a la lista cerrada es la reducción del tamaño de las circunscripciones, procedimiento que podría lograrse a través del redistritamiento y consiguiente división en circunscripciones electorales más pequeñas. Con esta alternativa, los partidos políticos tendrían como incentivo colocar candidatos que tengan buena imagen ante el electorado, que sean conocidos en la circunscripción que representan y que conserven cierto arraigo con ese territorio electoral. Induciría pues a una selección meritocrática de los candidatos. No obstante, cabe preguntarse si los candidatos que tienen la mejor imagen habrán de ser necesariamente los mejor preparados. Esta observación cabe también para la uninominalidad

como caso de mayor identificación del elector con el elegido o de máxima personalización del voto.

La ventaja de adoptar la alternativa de dividir las circunscripciones grandes frente a otras que implican desbloquear la lista es que a diferencia de éstas últimas, la división en circunscripciones más pequeñas no debilita el rol de la organización central de los partidos en la nominación de los candidatos. En efecto, abrir o desbloquear las listas partidarias con el objetivo legítimo de renovar la dirigencia partidaria puede contribuir a la desestructuración de los partidos a través del fraccionalismo, la exacerbación de la competencia interna y la elevación de los costos de las campañas electorales.

La ***listas abiertas*** son una variante de sistema electoral de representación proporcional donde no se elige a una lista de representantes confeccionado por un partido como es el caso de las listas cerradas, sino que se elije a los representantes mismos.

En términos generales, se denomina listas abiertas a cualquiera de las variedades de representación proporcional donde los votantes tienen algún tipo de influencia en el orden en que son elegidos los candidatos de un partido. Su contrario es la lista cerrada, en el que una minoría de los miembros del partido tiene capacidad para determinar dicho orden, y el resto de los votantes no tienen capacidad alguna de modificarlo. Además, un sistema de listas abiertas puede dar también al votante la capacidad de votar por el partido, sin expresar preferencia alguna entre las personas a elegir; en la práctica, sin embargo, es equivalente a votar por el candidato más popular o por el primer candidato de la lista.

4. Características generales de la lista abierta

La lista abierta es la relación o enumeración referente a las elecciones, pudiendo ser de personas, partidos, etc. En la misma el elector tiene la posibilidad de mostrar sus preferencias personales al poder cambiar los órdenes que se le ofrece de antemano, además de tener la posibili-

dad de tachar nombres dentro de la lista, incluyendo el poder introducir nuevos y combinar los de listas diferentes.

Sus efectos positivos son los siguientes:

Estimula a los representantes a prestar atención a las exigencias de los electores; da al elector mayor poder de selección, tanto para la cantidad y el orden de cargos a ocupar, como por quienes lo van a ocupar; obliga a una gran competencia intrapartidaria y partidarias públicas; posibilita mayor apoyo y respaldo personal; posibilita introducir nombres nuevos y combinar los de listas diferentes; y, activa la responsabilidad personal del ciudadano en la elección de sus gobernantes.

Efectos colaterales

Genera la proliferación de ideas internas contrapuestas; posibilita la personalización de la elección, fortaleciendo al político; favorece a los candidatos con respaldo económico; y, desencadena una feroz lucha interna y externa entre los integrantes de cada lista.

Costos

La selección de un sistema electoral tiene una amplia gama de consecuencias administrativas y depende en última instancia de la capacidad logística existente y de la cantidad de dinero que un país esta en condiciones de gastar, pero es necesario tener en cuenta que la simple selección del método mas directo y mas barato puede ser un falso ahorro de costos, por cuanto puede impactar negativamente en el sistema político en su totalidad y hacer peligrar la estabilidad democrática

Representación y participación

La teoría clásica de la representación, se fundamenta en la premisa de que las elecciones periódicas y transparentes son suficiente garantía de que los funcionarios electos representarán responsablemente a los electores. La corrupción gubernamental y la falta de representatividad de las instituciones del gobierno, durante el período inmediato después de la guerra civil de los Estados Unidos, generaron varios movimientos de reforma incluyendo a los populistas cuya agenda pretendía devolver a los ciudadanos el control del gobierno. Ellos sugerían el referéndum de desti-

tución, de iniciativa y de protesta. Los últimos dos fueron autorizados por primera vez por una enmienda constitucional en Dakota del Sur en 1898. La primera entidad gubernamental en adoptar la destitución fue la ciudad de Los Ángeles, cuyo estatuto de 1902, también incluyó la iniciativa y el referéndum.

Los oponentes originales a la destitución, argumentaban que no había necesidad de este dispositivo de control ya que existen otros métodos para remover a los funcionarios que hayan abusado de la confianza pública, vb. gr.: los procesos de juicios políticos, la acción legislativa y normas que permitían la desocupación automática de la oficina una vez obtenida una condena por felonía. Estos oponentes también argumentaron que la destitución destruiría el gobierno representativo ya que frenaría a funcionarios enérgicos, desanimaría a persona calificadas para buscar cargos públicos de elección, permitiría al partido político perdedor una segunda oportunidad de ganar, animaría el asedio frívolo de funcionarios y permitiría el remover funcionarios por razones inadecuadas. Además, se sostenía que la destitución destruiría la independencia judicial.

Los promotores de la destitución presentaron seis argumentos: 1) Refuerza el control popular sobre el gobierno; 2) Permite a los votantes corregir fallas de los sistemas electorales, provocadas por un gran número de decisiones que hay que tomar en la papeleta o por el sistema de elección basado en el principio de mayoría relativa o pluralidad; 3) Reduce la alienación de los votantes; 4) Educa al electorado; 5) Facilita la remoción de restricciones constitucionales en legislaturas estatales; 6) Estimula a los votantes a aprobar enmiendas constitucionales y legales para prolongar los períodos de los funcionarios elegidos.

La experiencia general observada con la destitución está a favor de sus promotores. Raras veces ha sido usado para remover funcionarios estatales elegidos, pero ha sido empleada con frecuencia para remover funcionarios de gobiernos locales. También se utilizan otros métodos para la remoción. Aunque es difícil medir con exactitud, parece ser que la existencia de la destitución estimula a los funcionarios públicos a ser más

responsables con sus electores. La amenaza del uso de la destitución puede hacer reflexionar más a los funcionarios electos, sobre sus posiciones y conductas en determinados temas; y a la vez animar a los votantes a jugar un rol de supervisión mas activo en relación a los funcionarios electos.

La revocación es un procedimiento electoral mediante el cual los electores pueden quitar de su puesto a un cargo electo. Los ejemplos más recientes y conocidos fueron los referéndum de revocación de Hugo Chávez en 2004, y de Evo Morales en el 2008, que fue posible gracias al reconocimiento de este proceso en las constituciones tanto venezolana como boliviana, en ambos casos no llegó a producirse la revocación efectiva.

Sobre la base de estas definiciones, pueden identificarse los siguientes rasgos distintivos de esta institución jurídico-constitucional: es un derecho o facultad que asiste a los electores; tiene por objeto la destitución de un funcionario o autoridad de elección popular antes que expire el periodo de su mandato; requiere el acuerdo de la mayoría de los electores; puede promoverse por diversas causas. En consecuencia, mediante el procedimiento de revocatoria del mandato, el electorado tiene el derecho a destituir del cargo a un funcionario público a quien él mismo eligió, antes de que concluya el período de su mandato. Es decir, el pueblo, mediante el sufragio y de manera vinculante, decide sobre la continuidad en el desempeño del cargo de un funcionario de elección popular.

5. Fundamentos

La revocatoria de mandato se fundamenta en los principios de soberanía popular y de representación, puesto que el pueblo en ejercicio de su soberanía, otorga a sus representantes un mandato para que ejerzan el poder político.

En los ámbitos doctrinales y legislativo latinoamericano, se consideran las siguientes circunstancias, como causas idóneas para que el electorado pueda solicitar la convocatoria de una Consulta Popular de Revo-

catoria: actos de Corrupción; violación de Derechos Humanos; pérdida de Legitimidad; la transformación de la doctrina originaria. La doctrina originaria de la representación política no ha resistido intacta la prueba de la experiencia histórica.

Finer considera que son cuatro los factores fundamentales que han confluido para cambiar el significado del sistema representativo: a) El desarrollo de las comunicaciones; b) El desarrollo de los partidos; c) El desarrollo de los grupos de interés; y, d) Los proyectos de carácter social.

Conviene considerar, sobre todo, el impacto del desarrollo de los partidos políticos sobre al doctrina de la "representación política".

De acuerdo con la exposición originaria de la doctrina, no quedaba otro camino para expresar y ejercer la voluntad común, que los individuos integrantes de la nación designaran representantes, pero no resultaba de ello la necesidad ni la justificación de la formación de partidos políticos.

Por el contrario, parecía contradictoria con la esencia de dicha doctrina que se formaran grupos especiales para servir de instrumento o intermediarios en el mecanismo representativo. Friedrich ha señalado que "al fundarse los Estados Unidos de América se consideraba al pueblo capaz de actuar como una unidad" y por eso "el reconocimiento de los partidos ha minado el dogma democrático de la unidad del pueblo". El hecho, por lo demás, no fue exclusivo del mencionado país, sino que, en un principio, la existencia de los partidos políticos fue mirada en todas partes como "una real desnaturalización del esquema democrático de gobierno". Podría, pues, afirmarse como conclusión que, "el surgimiento y desarrollo de los partidos políticos, aunque provocado por la implantación del régimen democrático representativo, fue un hecho no previsto ni querido por la doctrina de la representación política". Pero el hecho existió y su consecuencia fue muy significativa e importante.

Comentando el hecho y su consecuencia, dice Duverger: "No se trata, en lo sucesivo de un diálogo entre el elector y el elegido, la nación y el Parlamento: se ha introducido un tercero entre ellos, que modifica radicalmente la naturaleza de sus relaciones. Antes de ser escogido por sus

electores, el diputado es escogido por el partido: los electores no hacen mas que ratificar esta selección". "La noción de elección (selección de los gobernantes por los gobernados) se altera así de manera profunda".

A ese importante factor de distorsión de la doctrina originaria de la representación política hay que agregar los otros que se han mencionado.

En primer lugar, la intromisión de los "intereses" y su consecuencia: los grupos de presión. Al respecto cabe destacar que el fenómeno no es nuevo ni exclusivo del "régimen representativo", pero a éste le ha ocasionado especiales complicaciones y dificultades.

En segundo lugar, la transformación de la actividad estatal que, al hacerse más técnica o abarcar más técnicas, acuerda un lugar preponderante a los "expertos" y, en general, a la tecnoburocracia.

En tercer lugar, las nuevas características de la "defensa", que erigen a las Fuerzas Armadas en "factor de poder".

En cuarto lugar, el cambio que se produce en el proceso de la "decisión" política y el consiguiente desajuste entre su "creación" y su "registro".

Todo ello produce el descrédito y la crisis del órgano parlamentario que constituye uno de los ejes de la representación.

Frente a tales hechos, se pueden señalar dos consecuencias, ambas advertidas por Burdeau. Por una parte, al mantener la doctrina de acuerdo con su expresión originaria y las instituciones según sus formas iniciales, se ha producido un divorcio entre las ideas y la realidad. Por otra parte, la doctrina, contrariamente a su exposición a la manera clásica, no debe establecer la dualidad de voluntades entre el "representado" y el "representante", sino reconocer que se trata de una voluntad única – la de la nación representada –, respecto de la cual el órgano habilitado para exteriorizarla es a la vez el órgano creador.

Con este enfoque, sin embargo, no se cambia, sino se confirma la independencia tanto de la asamblea en su conjunto como de cada uno de sus integrantes en particular; tampoco se supera, por otra parte, la distorsión provocada por los factores considerados precedentemente.

Conviene también tener en cuenta, con respecto a la reformulación de la doctrina de la representación política, las consideraciones de Friedrich sobre el particular. Este autor sostiene que la función primordial de las asambleas representativas ha dejado de ser la legislación, para ser reemplazada por "la educación popular y la propaganda y la integración y coordinación de intereses y puntos de vistas contradictorios". La lucha de argumentos en los grupos representativos y la integración resultante de la discusión y la votación – señala el profesor de la Universidad de Harvard –, hace posible y fructífera la comunicación de la comunidad.

En la idea de que la representación es, ante todo, "creación" (expresada por Burdeau) y la "comunicación" e "integración" (expresada por Friedrich) – no mero espejo o reproducción –, se encuentra la clave de su significación actual, pero el problema consiste en elaborar técnicas que permitan conciliar la práctica con la teoría.

6. El cambio de la ley del sufragio

La inclusión de la lista abierta en la ley del sufragio universal, directo y secreto, es lo que se propone para regir todos los procesos electorales que se celebren en el territorio nacional. Con esto se busca desarrollar un nuevo interés en el modo de vida democrático. Se debe intentar aumentar la eficacia del gobierno democrático. La era de las comunicaciones es un auténtico reto a la democracia. Lo que se desea es que el gobierno sea más democrático, más económico y más eficaz. Si la democracia no acompaña su ritmo al de los tiempos actuales, quizá no pueda competir con otras formas de gobierno, más rápidas en su actuación, aunque no sean muy de fiar.

6.1. Aportes previstos:

En los partidos:

Las listas abiertas al ser variables en el orden de sucesión de los

candidatos de una lista y al hacer que el elector pueda combinar en un nuevo orden a los candidatos de listas distintas en las internas de un partido, ayuda al partido que su organización oligárquica que reposa sobre pies democráticos sea mas cambiante y con menos tiempo de duración, lo que hace que a la vez el partido sea más democrático y libre.

La lista abierta al introducir nuevos hombres o nombres que no figuraban, hace más probable la aparición de líderes cuyos nombres fueron marginados por los grupos oligárquicos de la organización partidaria.

La lista abierta presta mayor atención a las exigencias de los electores antes que a las exigencias personales y de grupos de la organización de los partidos.

La lista abierta al hacer posible la aparición de nuevos líderes dentro de una organización política, hace posible la evolución de la institucionalización de los partidos y del Estado.

Aportes al Estado:

La lista abierta ayudará necesariamente a avanzar de la modernización hacia un sistema político moderno.

La lista abierta puede ser parte importante del conjunto de las condiciones de las cuales depende la gobernabilidad del país.

La lista abierta ayudará a tener la posibilidad de reemplazar un grupo de líderes por otro grupo haciendo mayor el grado de la institucionalidad política del Estado.

6.2. Aportes a obtener:

El lector tiene la posibilidad de elegir a los candidatos de su preferencia;

El elector puede agregar a la lista nuevos nombres;

El elector puede combinar los nombres de los candidatos de listas diferentes;

El elector tiene más facilidad de selección;

La democracia es más dinámica y amplia en los movimientos y cambios de dirigentes; y,

Existen más libertades en la democracia.

La lista abierta puede dar al pueblo de la república un poder desconocido a lo largo de toda su historia. Posibilitará expulsar los cacicazgos políticos, que en su empeño por defender a la "democracia", le asestan duros golpes.

7. A modo de conclusión:

Inglehart[56] considera que "la cultura cívica o simplemente la cultura, no es otra cosa que la estrategia desarrollada por la sociedad – o por la gente – para vivir y adaptarse al medio", y en este tiempo en que vive la República del Paraguay sufre una crisis cultural y de productividad, por una crisis de valores que a la vez son la causa de un conflicto de identidad. O sea la estrategia política, religiosa y civil desarrollada es una estrategia basada en una crisis de valores que produce una crisis cultural de identidad, cuya solución puede planificarse con la reforma del Estado, con la reforma del sistema electoral.

El contexto histórico político del Paraguay, se adecua concretamente para una reforma electoral en la que la aplicación de la lista abierta, tanto en las internas partidarias, como en las generales de la Nación.

La aplicación de la lista abierta cambiaría naturalmente los valores, las actitudes y los comportamientos dentro de los partidos, de los ciudadanos, de los movimientos sociales y de la sociedad intermedia, actualmente mayoritariamente estratificadas. Es muy probable que la cultura cívica paraguaya que es una mezcla de cultura tradicional o de carácter parroquial y una cultura nacional y promotora, tenga también algo en parte de una cultura participativa y ciudadana, con la aplicación de la lista abierta.

---

56 Cf. R. Inglehart, ***Silent revolution – Changing values and political styles in advanced industrial society***, Princeton, NJ, Princeton U.P., 1977; e R. Inglehart, ***Modernization and postmodernization – Cultural, economic and political change in 43 societies***, Princeton, NJ, Princeton, Princeton U.P., 1997.

Claro está que la lista abierta no asegura ni va a producir una gran evolución de la sociedad hacia una cultura cívica participativa y ciudadana, pero sí va a ayudar a que obligue al sistema político a una reforma electoral mas amplia y completa, adecuada al contexto histórico del país.

La aplicación de la lista abierta al sistema electoral permitirá superar en gran medida el fenómeno de los círculos interiores que consiguen enquistarse en el poder –cada uno con un fin interesado –, con organizaciones que tratan de actuar los más disimuladamente posible, a veces al descubierto o amparándose en nombres engañosos y pomposos influyen en la designación de candidatos y en las elecciones, influyendo sobre la cándida opinión pública con su propaganda hábilmente estructurada. Sobre esta base, la actual cultura política es un caldo de cultivo de falta de responsabilidad, de falta de eficiencia y de falta de transparencia de las instituciones políticas.

En las listas cerradas los votantes no tienen la capacidad para determinar quién será el representante de su partido y generalmente son insensibles a los cambios ocurridos en su entorno.

La sociedad paraguaya está cambiando y es inevitable que también el orden político cambie y la aplicación de la lista abierta al sistema electoral es necesaria para ayudar y acompañar al cambio social. La sociedad paraguaya está cambiando y los que no logran adaptarse a este cambio falla, quedando a la zaga por no acoplarse al cambio. Quien vacile en ello, está perdido, pues el mundo entero se ve impelido por el progreso.

En el sistema de vida democrático el Estado debe servir al pueblo, que alude a los hombres y mujeres libres, en cuyas almas está arraigado el sentimiento de la dignidad y el valer de todo individuo de cualquier sexo. Por fortuna, como muy bien dice un dicho, se puede engañar a parte de la gente todo el tiempo y a toda la gente parte del tiempo, pero no a toda la gente todo el tiempo.

5. MAIO DE 68 E OS DIREITOS HUMANOS: Sobre como revisar os 60, os 40 e os 20 anos

Eduardo C. B. Bittar[57]*

1. A intransparência, a memória e as comemorações

Os juristas, de modo geral, têm dado muito pouca atenção a uma questão que é de fundamental importância para a interpretação do direito vigente em nossa sociedade. Isso porque para entender o direito é necessário recorrer a, pelo menos, duas compreensões prévias: a primeira é a da sociedade dentro da qual se projetam regras jurídicas e que exprimem demandas do próprio convívio social; a segunda é a das culturas sociais abrangidas por um determinado meio-ambiente social.

Bem se sabe que a escrita da história é algo complexo[58]. Isso porque a definição do sentido da experiência do passado é atravessada também por filtros de poder[59]. Isso faz com que as tentativas de recusa de sentido à história das recentes conquistas, trazidas por Maio de 68, sejam também alvo de uma recusa intelectual que, sem motivos, torna ***intransparente***, para a cultura jurídica contemporânea, a importância das transformações culturais legadas deste período. Não por outro motivo, Maio de 68 é um tema ainda ***desconhecido*** dos estudos do direito.

---

57 * Advogado. Livre-Docente e Doutor, Professor Associado do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito, e em Direitos Humanos. Presidente da Associação Nacional de Direitos Humanos (ANDHEP/ NEV-USP). Pesquisador-Sênior do Núcleo de Estudos da Violência da USP. Coordenador do Grupo de Pesquisa "Democracia, Justiça e Direitos Humanos: estudos de Escola de Frankfurt", junto ao NEV-USP. Professor e pesquisador do Mestrado em Direitos Humanos do UniFIEO. Autor do livro ***O direito na pós-modernidade***, Rio de Janeiro, Forense-Universitária, 2005.

58 A respeito, o clássico estudo de Paul Veyne, ***Como se escreve a história***, 1992, pp. 11-32.

59 "Descontextualizar os movimentos de 1968 é o primeiro passo para conferir a eles outro sentido – e assim reescrever a história" (S. Marton, "Tentativas de apagar Maio de 68", ***in Folha de São Paulo***, Tendências e Debates, São Paulo, 27 de maio de 2008, p. A 3).

Por isso, a tarefa do pensar criticamente não permite que a história seja tragada pela narrativa que dela se faz. Do ponto de vista de uma Filosofia Social do Direito, trata-se de pensar o que este fenômeno significou e impactou para a produção de uma outra forma de se ***enxergar*** o direito[60]. Por isso, maio de 68, ao contrário das tentativas de seu apagamento, é resgatado como um tema da mais alta relevância, não somente para a interpretação de um passado recente de agitações sociais e estéticas, mas, sobretudo, e assim se verá ao longo da análise, neste artigo, para a compreensão do sentido atual da expressão constitucional '***dignidade da pessoa humana***', contida no art. 1°., inc. III da Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República. E isso exatamente porque Maio de 68 é avaliado com o seu devido peso, representando o marco histórico, o símbolo cultural e o projeto político do debate a respeito da pós-modernidade, com os seus respectivos impactos sobre o mundo contemporâneo[61].

Não por outro motivo é instigante falar de ***intransparência***, especialmente considerado o contexto de grandes comemorações, num ano marcado por diversos momentos de celebração de conquistas, que não se podem deixar passar sem ***re-memorar*** (o passado como filtro do futuro possível), ***re-avaliar*** (na medida da reciclagem e das transformações da consciência), ***re-considerar*** (impondo barreiras à inocente retomada simplista do passado), e, quem sabe, ***recuperar*** (aquilo que se perdeu, aquilo que fomentou avanço e que não se encontra mais presente na atmosfera social de nosso tempo)[62]. Neste ano de 2008 se comemoram os 60 anos da

60 A respeito de uma reflexão mais detida sobre o tema, Cf. E. Bittar, "Filosofia crítica e filosofia do direito: Por uma filosofia social do direito", ***Revista Cult***, São Paulo, "Dossiê Filosofia do Direito: O que foi, e o que é que será?", ano 10, n. 112, abr. 2007, pp. 53-55.

61 O que é o pós-moderno? Esta é uma questão que incomoda muito a consciência contemporânea, e que pode ser muito bem sintetizada na expressão de Agnes Heller: "Quando falo do pós-moderno, não me refiro a um período histórico, mas a uma nova atitude em relação à modernidade que difere das compreensões modernas anteriores. O que a pós-modernidade pretende é uma autocompreensão reflexiva da modernidade" (A. Heller, ***Agnes Heller entrevistada por Francisco Ortega***, 2002, p. 43). Para os demais impactos da pós-modernidade sobre o direito, em especial, a avaliação da situação do direito brasileiro, Cf. E. Bittar, ***O direito na pós-modernidade***, Forense-Universitária, 2005.

62 A exemplo do que faz Z. Ventura, 1968 – ***O que fizemos de nós***, São Paulo, Planeta do Brasil, 2008.

Declaração Universal dos Direitos Humanos, os 40 anos de maio de 1968 e os 20 anos de vigência da Constituição Federal de 1988.

Mas, as comemorações têm sido embebidas por um clima de reflexões que se isolam entre si. Ora se comemoram os 60 anos, evocando a Declaração, ora se comemoram os 20 anos, evocando a Constituição, e, quando muito, estes dois eventos se cruzam num só, para que se fale destes dois documentos jurídicos que podem ser considerados da mais alta importância. Ainda uma vez, se relegam os 40 anos às comemorações, geralmente, das ciências sociais, ao longo do mês de maio, ou seja, ao seu devido lugar de ***esquecimento***, como se os 60 anos da Declaração chegassem aos nossos dias intactos, e, também, como se os 20 anos da Constituição já não fossem um reflexo impactado dos 40 anos de maio de 68. Por isso, esta reflexão se ocupa de produzir, sim, como todos os demais estudos, uma ***(co-)(re-)memoração***, se ocupando de falar dos atravessamentos históricos e recíprocos entre estes temas.

2. A ressignificação da dignidade humana

É fato que, a partir da Declaração Universal, a expressão '***dignidade da pessoa humana***' é, pela primeira vez, positivada em cenário normativo e internacional, como registra seu artigo 1°.: "Todas as pessoas nascem livres e iguais em ***dignidade*** e direitos" (grifo nosso). A partir daí, a expressão adentra à cultura jurídica ocidental ao modo de um imperativo, tornando-se linguagem corrente para um grande número de textos internacionais posteriores, constituições e normas infraconstitucionais de inúmeros Estados-nação. No contexto de redemocratização no Brasil, não haveria de ser diferente, de modo que a expressão é incorporada como norma positiva no art. 1°., inc. III da CF88 ("A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a dignidade da pessoa humana").

No entanto, a Constituição Federal de 1988 já recebe a noção de '***dignidade da pessoa humana***' sob os influxos diretos de uma ruptura simbólica de significativa importância: os eventos que marcaram sucessivos episódios de significação histórica ao longo de 1968, e suas posteriores repercussões. Por isso, desde então, não se pode falar de direitos humanos nem de dignidade humana sem evocar a luta estudantil por presença no discurso político; a defesa das minorias; o direito à diferença; a garantia do pluralismo; a importância dos movimentos sociais; a transformação da sociedade pela resistência da contracultura; a defesa da diversidade dos povos e suas identidades a partir do multiculturalismo; o lugar da mulher na vida social e no mundo do trabalho.

Se a noção de 'dignidade da pessoa humana' não surgiu em 1948, mas positivou-se neste documento de significação universal, também não se mantém intacta ao longo destes últimos 60 anos de sua história normativa. E isso porque 20 anos após 1948, estariam eclodindo forças que redundariam não numa revolução política, mas em resultados que alteraram os padrões axiológicos vigentes até então, cujo símbolo histórico de maior força se dá com os eventos de Maio de 68 em Paris. Assim, 20 anos após 1968, estaria surgindo a Constituição Cidadã no Brasil (1988), profundamente influenciada pela atmosfera emancipatória legada das agitações do período anterior. E, agora, 20 anos após sua promulgação, o que restam dos ideais contidos nesta Constituição?

3. A emergência e a perda do simbolismo constitucional e democrático brasileiro

A Constituição Cidadã nasce embebida num clima de luta pela afirmação de uma constituinte, de resistência política à ditadura e de redemocratização. Sofre os influxos diretos de uma grande e impactante onda geracional de mudança de valores e re-avalição de padrões culturais, de luta contra as diversas formas de opressão e autoritarismo familiar, ao mesmo tempo em que projeta a intenção de criar condições para a

afirmação de um Estado de Bem-Estar Social no Brasil, à luz das experiências europeia e norte-americana. Por isso, ela nasce garantista, fartamente revestida de caráter democrático, provedora de direitos humanos em uma diversidade imensa de seus capítulos, antecipando-se como o texto constitucional que acumula o maior número de aquisições para a cidadania de toda a história do país.

No entanto, após sua vigência, esta Constituição é colhida por um forte contraste, que é um contraste de sua ***letra*** com uma realidade política e econômica, que impedem a revelação de sua significação. Por isso, ao longo da década de 90, o neoliberalismo vai esfacelando a carga semiótica do texto constitucional, produzindo uma crescente ***de-significação*** de seu texto[63]. Hoje, 20 anos corridos, verifica-se que estamos, embebidos num contexto de imperativa vigência do neoliberalismo e da globalização hegemônica, em clima de insegurança e de ineficácia[64]. Exatamente por isso, a Constituição parece a todos ***letra morta***, o que amplia a consciência de que, a pretexto de se restaurar a segurança, ela possa ser ostensivamente violada, especialmente em seus capítulos mais frágeis, quando se trata de questões ligadas aos direitos humanos.

Uma vez que Maio de 68 traz consigo uma grande revisão dos arquétipos do inconsciente coletivo, o projeto da modernidade é abalado por um conjunto de críticas que permitem a emergência do debate sobre a pós-modernidade. Em suma, o que se percebe é que 68 é a um só tempo, um momento em que se toma consciência da insatisfação com a modernidade, e também um momento em que se instaura a crise sobre o conjunto de certezas que estavam ancoradas em premissas modernas. A crise pode ser encarada como sintoma de renovação no interior do percurso moderno. Por isso, os temas que emergem deste período são: crise da

63 A respeito: "A legislação-álibi é um mecanismo com amplos efeitos político-ideológicos. Como já enfatizei acima, descarrega o sistema político de pressões sociais concretas, constitui respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores, ou serve à exposição simbólica das instituições estatais como merecedoras da confiança pública" (M. Neves, ***A constitucionalização simbólica***, 2007, p. 54).

64 Por isso, a necessidade de tematizar e discutir a questão da eficácia dos direitos fundamentais, como o faz I.W. Sarlet, ***A eficácia dos direitos fundamentais***, 2008.

razão, fim da filosofia da história, quebra das grandes meta-narrativas. Por consequência, como se haveria de esperar, tudo eclode com uma grande crise do direito, que se expressa pela sua incapacidade de ***significar*** para a sociedade globalizada e linearizada pela lógica neoliberal; sua ***insignificância*** é notória, e seu sintoma mais claro, uma grande crise de legitimação do Estado de Direito, o recurso ao uso expressivo da força para produzir consistência política e a perda de eficácia[65].

É certo que a Constituição Federal de 1988 ainda vige, apesar das inúmeras emendas que lhe foram antepostas. Mas, o que há de ilusório nesse processo que torna a Constituição uma miragem no deserto, é que sua dessignificação é sorrateiramente produzida desde baixo, como se nada estivesse mudado[66]. No Brasil, os notórios e diversos casos de impunidade, corrupção, extermínio, chacinas, violências privadas e públicas, assim como a criminalização dos movimentos sociais, os mal-tratos sofridos pelos defensores de direitos humanos se tornam cada vez mais recorrentes, frequentes e escandalosos. Nesse clima, de '***vale-tudo***', as graves violações se tornam linguagem banalizada de nossos tempos, o que torna a situação da eficácia dos valores constitucionais o maior desafio à ordem republicana brasileira. Neste ponto, vale dizer, como o faz Philip Alston, Relator Especial da ONU sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias ou Arbitrárias: "O povo brasileiro não lutou bravamente contra 20 anos de ditadura e nem adotou uma Constituição dedicada a restaurar o respeito aos direitos humanos unicamente para fazer o Brasil livre para que policiais matem impunemente em nome da segurança". O simbolismo constitucional se esfacela, e depois da morte deste ***símbolo***, socialmente importante, o que resta é a dura realidade da barbárie, ou seja, a realidade de um povo que se encontra alijado da possibilidade de conviver, com mínima proximidade, da definição do que seja uma ***civilização***.

---

65 Sobre este tema, com mais profundidade, Cf. E. Bittar, ***O direito na pós-modernidade***, 2005. Em específico: "De qualquer forma, a primeira percepção do advento da pós-modernidade e de sua projeção no âmbito jurídico é a de crise, em seu sentido original (***krísis***, gr. = ruptura, quebra)" (E. Bittar, ***O direito na pós-modernidade***, 2005, p. 171).

66 Isso permite a alguns teóricos apelidar este processo de desconstitucionalização fática, como o faz M. Neves, ***A constitucionalização simbólica***, 2007.

4. Radiografando o fluxo histórico: As bandeiras de 68

Maio de 68 é o epicentro de um conjunto de transformações da sociedade contemporânea, transformações essas que haverão de se consolidar na consciência da crise da modernidade. Um dos grandes legados teóricos desse período será exatamente a impossibilidade, em ciências sociais, de se ignorar o sentido desta expressão após essa data, bem como a necessidade de operar a revisão crítica das marcas deixadas pela modernidade, sabendo-se diferenciar a modernidade ***imaginada***, da modernidade ***realizada***. A modernidade ***realizada*** é aquela que plenifica a razão instrumental[67]. Nesse sentido, vale a pena retomar, em breves palavras, o projeto da modernidade ***imaginada***, para que sobre ele se construa o que o desfazimento pós-moderno haverá de significar.

A modernidade nasceu orientada pelos valores da liberdade, da igualdade e da fraternidade, que se tornaram dísticos revolucionários. Esses valores são praticados na base do racionalismo e da universalidade. O maior representante do pensamento moderno é o filósofo de Königsberg, Immanuel Kant[68]. O símbolo histórico desta fase é a Revolução Francesa de 1789. O documento jurídico que melhor identifica estes ideais é a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que consagra uma fase de conquistas de direitos humanos individuais, liberais e representativos dos anseios burgueses por liberdade. Evidentemente, a igualdade é alcançada apenas como igualdade jurídica ou formal, medrando na prática profundas desigualdades econômicas, materiais e sociais; a liberdade é concretizada apenas como estopim de um processo de consagração de liberdades individuais, relegando-se as liberdades coletivas a dimensões não concretas de realização[69]. Por sua vez, a fraternidade ficou apenas no ***drapeau dos revolucionários franceses***.

67 A respeito, cf. T.W. Adorno & M. Horkheimer, ***Dialética do esclarecimento***, 1985.

68 A célebre frase de Kant bem sintetiza o processo: "O iluminismo é a saída do homem da sua menoridade de que ele próprio é culpado" (I. Kant, "Resposta à pergunta: Que é o Iluminismo?", 1995, p. 11).

69 A propósito, a crítica de Marx a respeito dos direitos individuais da Declaração (K. Marx, A questão judaica, 2005).

A pós-modernidade, por sua vez, nasce orientada pelos valores da liberdade, da diversidade e da tolerância[70]. Esses valores são praticados na base do pluralismo, dos jogos de linguagem e do direito à diferença, que estão se construindo. O teórico que melhor retrata a nova sociedade emergente é o sociólogo francês Jean-François Lyotard. Essa consciência contagia o ambiente acadêmico, que incentiva, capta e descreve o estado das formas sociológicas e dos valores após Maio de 68 dando status científico ao debate acerca do nascimento da 'pós-modernidade', debate este que continua profundamente aceso atualmente, não obstante enigmática e divergentemente interpretado. Em seu trabalho seminal, Lyotard afirma:

> Simplificando ao extremo, considera-se que o <<pós-moderno>> é a incredulidade em relação às metanarrativas. Esta é, sem dúvida, um efeito do progresso das ciências, mas este progresso, por sua vez, pressupõe-na. Ao desuso do dispositivo metanarrativo de legitimação corresponde especialmente a crise da filosofia metafísica e da instituição universitária que dela dependia. A função narrativa perde os seus funtores, o grande herói, os grandes perigos, os grandes périplos e o grande objetivo[71].

O símbolo histórico de concretização e luta por estes anseios é a agitação estudantil que se dá em Maio de 68 em Paris. A partir de então, começam a pulular as diversas fontes jurídicas expressando o reconhecimento difuso da condição humana, por estatutos normativos cada vez mais específicos, atendendo a demandas do feminismo, das minorias homossexuais, dos movimentos sociais, etc. No Brasil, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei Maria da Penha, e o ainda projeto de lei Estatuto das Famílias[72].

---

70 Cf. Z. Bauman, ***O mal-estar da pós-modernidade***, 1998; e Z. Bauman, Modernidade e ambivalência, 1999.

71 J.F. Lyotard, ***A condição pós-moderna***, 1989, p. 12.

72 Trata-se do Projeto de Lei n. 2285/ 2007, de autoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Nesse contexto, uma grande força teve papel de protagonista da história: o movimento estudantil.[73] Em maio de 68, ao longo de todo o mês, mobilizando a princípio cerca de 10 a 15 mil estudantes, para envolver ao final cerca de 80 mil estudantes, o movimento, que, a princípio era estudantil, e, em seu decorrer, se torna um movimento social, havia a motivar o seu estopim um romantismo utópico suspenso no ar, e uma profunda sensação de responsabilidade histórica pela mudança do status quo, baseada na insatisfação com o ***stablishment***[74].

Desta atmosfera se nutriam indivíduos embriagados pelo ópio do ideário libertário e pós-moderno que surgia; tratava-se de um ideário que mesclava ideais marxistas e anarquistas de sociedade, com movimentos estudantis e reivindicações juvenis sociais e/ou de minorias portadoras de pequenas narrativas que construíam a mentalidade de um tempo de efervescência, culminando com a eclosão de Maio de 68, em Paris[75]. Este é um evento histórico de alto simbolismo, trata-se da eclosão de reivindicações informadas por altos ideais de transformação social e profundamente influenciadas pelos referenciais marxiano e frankfurtiano, com destaque para Herbert Marcuse, mas que hoje representam o selo de uma mudança radical de concepção de mundo.

Este episódio pode ser considerado a grande revolução do final do século XX, pois movimenta forças eróticas (vitais) contra forças tanatológicas (mortais)[76], alavancando mudanças radicais nos modos de vida e na conformação social desde então. Ali estava nascendo a pós-

73 "O movimento começou muito inocentemente... como um movimento pela reforma da universidade" (H. Marcuse, ***A grande recusa*** hoje, 1999, p. 57).

74 "Em outras palavras, é uma recusa a continuar aceitando e a se conformar com a cultura da sociedade estabelecida, não só com as condições econômicas, não só com as instituições políticas, mas com todo o sistema de valores que eles sentem estar apodrecido no âmago. Penso que a esse respeito pode-se de fato falar também de uma revolução cultural. Revolução cultural porque é dirigida contra todo o establishment cultural, incluindo a moralidade da sociedade existente" (H. Marcuse, ***A grande recusa hoje***, 1999, pp. 63-64).

75 "A primeira grande explosão dessa consciência em transformação foi o movimento estudantil de maio de 68" (H. Marcuse, ***A grande recusa hoj***e, 1999, p. 17).

76 "Algo assim existe. Em grande medida vejo essas tendências a uma ascensão de energias eróticas contra a pulsão destrutiva no movimento ecológico, no movimento de proteção ao meio ambiente. Pois a criação de um meio ambiente pacífico, calmo e belo é justamente trabalho de Eros" (H. Marcuse, ***A grande recusa hoje***, 1999, p. 17).

modernidade, que será alguns anos mais tarde lida e dissecada por Jean-François Lyotard[77]. É do pensamento político de Agnes Heller que se pode ouvir a seguinte frase: "Como teoria social, o pós-modernismo nasceu em 1968"[78].

Contra este movimento, as alas sociais mais conservadoras se levantaram, seja para invocar a "ordem", seja para recorrer à "lei", seja para recriminar toda forma de "violência". O recurso ao uso da força é invocado como necessário sob a justificativa de que a "retomada da ordem" é necessária, pois afinal o capitalismo precisa continuar marchando impetuosamente em direção ao futuro. Por isso, o recurso à implicação da força policial parece costumeiro nestes episódios, como relata Marcuse: "A polícia apareceu e invadiu a Sorbonne, pela primeira vez na história dessa universidade"[79]. Será que se deve tratar com polícia os temas implicados nos movimentos estudantis e movimentos sociais? Antes, portanto, de se tratar da necessidade de apresentar uma solução aos conflitos instaurados na linha dos movimentos estudantis, trata-se de perceber que cumprem um processo fundamental na dialética da história, remodelando os traços do real, provocando cisões e rupturas que dão o tônus dos processos emancipatórios.

Uma profusão de eventos marca a distinção de uma época de tensões, que está atravessada por diversos temas: a guerra, a fome, a injustiça, a ditadura, o autoritarismo, o conservadorismo, o machismo, a sexualidade, a liberdade estética, entre outros. Por isso, o ano de 68 será marcado por significativos eventos: em 28 de março de 68, o estudante Édson Luis de Lima Solto é morto pela ditadura, o que revela o caráter sádico do poder, sendo um estopim para revoltas crescentes em torno da ideia da liberdade política; em 4 de abril de 68, o pastor Martin Luther King é as-

77 "A condição política pós-moderna se baseia na aceitação da pluralidade de culturas e discursos. O pluralismo (de vários tipos) está implícito na pós-modernidade como projeto. O colapso da grande narrativa é um convite direto à coabitação entre várias pequenas narrativas (locais, culturais, étnicas, religiosas, ideológicas)" (A. Heller & F. Fehér, ***A condição política pós-moderna***, 1998, p. 16). Cf. ainda J.-F. Lyotard, ***A condição pós-moderna***, 1989.

78 A. Heller & F. Fehér, ***A condição política pós-moderna***, 1998, p. 200.

79 H. Marcuse, ***A grande recusa hoje***, 1999, p. 58.

sassinado, líder que foi do movimento pelos direitos civis dos negros nos Estados Unidos, após longa campanha de vida pela garantia de direitos à minoria negra e contra a discriminação; no embate de forças contra o governo conservador de Charles de Gaulle, o movimento estudantil, de 2 a 30 de maio de 68, na França, sob a liderança de Daniel Cohn-Bendit, provoca uma série de eventos de mobilização que geram mobilização civil generalizada, envolvendo operários, mulheres, minorias, em favor de diversas causas, entre elas a de reforma universitária; em 26 de junho de 68, na passeata dos 100 mil, a juventude e os movimentos sociais se reúnem para protestar contra a ditadura, marcando fortemente presença de oposição que haveria de criar as condições para o desenvolvimento de forças políticas contrárias à manutenção do golpe militar; em prol das causas e discussões a respeito do feminismo. Robin Morgan queima sutiãs em praça pública em Nova York, em setembro de 68, declarando guerra ostensiva à lógica de repressão à liberdade sexual e comportamental femininas; diversas manifestações, especialmente com o movimento hippie e suas filosofias de vida, dão nascimento à lógica da contracultura, que tem no movimento tropicalismo brasileiro (Gilberto Gil; Caetano Veloso; Nara Leão) um símbolo vigoroso de resistência (recorde-se das canções de Chico Buarque) ao imperialismo consumista e à lógica da indústria cultural mercadurizada.

Se todo esse conjunto de ebulições momentâneas não chegou a se consolidar em uma revolução política, e nem desses movimentos nasceu propriamente um modelo político concreto, apesar de conquistas localizáveis aqui e ali, ao menos, esse conjunto de lutas deu origem, do ponto de vista mais abrangente, fazendo repercutir em transformações em todo o mundo, ao caldo necessário para uma profunda revolução cultural. Trata-se, desde então, de compreender o nascimento de novas mentalidades formadas pela busca de novos paradigmas de ação.

5. A diversidade, o pluralismo e o direito à diferença: a nova lógica dos direitos humanos

A partir de Lyotard, do ponto de vista sociológico, se torna possível dizer 'não' à ***linguagem*** [única, oficial, homogênea, correta, imperativa], ao mesmo tempo em que se diz 'sim' às ***linguagens*** [à diversidade, aos jogos de linguagem, à multiplicidade de semioses, ao pluralismo, à heterogeneidade]. Com Marcuse, do ponto de vista cultural, se torna possível falar 'não' à hegemonia cultural, e, exatamente, por isso, torna-se possível construir e trabalhar na perspectiva das linguagens contra-culturais, formas de manifestação estética que renegam a adequação ao modelo homogêneo da indústria cultural nas sociedades modernas, como anteriormente Adorno e Benjamin já haviam se esforçado por demonstrar[80].

Assim, Maio de 68 pode ser tomado como o momento histórico de quebra de padrões comportamentais, de padrões sexuais, de emergência da liberdade sexual, da liberdade política, dos direitos de minorias, de redefinição do papel político da estética, de redefinição do papel da moral em direção ao pluralismo ético, de luta por redemocratização e pelo reconhecimento da diferença, de ampliação da luta libertária pela sociedade civil organizada, de redefinição da hipocrisia social, questões que, em muitos de seus significados, redundaram em frutos muito concretos no plano da cultura e das relações humanas e sociais. Ademais, não se pode omitir o fato de que a atual redação da democrática Constituição Federal de 1988 deve muito a estas lutas. A Constituição Cidadã, que também incorpora o legado da dignidade da pessoa humana, vindo da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, representa um bastião de lutas pela garantia ampla da liberdade, e, por isso, reflete os aquisitivos dos 20 anos que antecederam sua promulgação.

80 A partir daí, é possível constatar uma farta análise histórica que recupera a dimensão do pluralismo como uma categoria de fundamental importância para a lógica do direito contemporâneo. A este respeito, cf. A.C. Wolkmer, ***Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura no direito***, 2001.

Nesse contexto, se torna legítimo pensar no reconhecimento da diferença e da peculiaridade de uma minoria (negros, mulheres, deficientes, sem-terra...), mais do que na pressuposição da igualdade genérica de todos (povo, cidadão). A igualdade formalizante do discurso moderno liberal funciona, na prática, como um mecanismo que mascara a indiferença às necessidades reais de seres humanos históricos e concretos. Não por outro motivo, a atualização do pensamento crítico da Escola de Frankfurt, desde a fundação dos estudos interdisciplinares por Horkheimer, à crítica da indústria cultural por Adorno, desde o ideário de Marcuse em meio aos estudantes em 1968, até o pensamento da razão comunicativa de Habermas, se dá, atualmente, através das investigações de Axel Honneth, que se pronuncia atentamente sobre uma demanda de nossos tempos, ou seja, sobre a lógica do ***direito à diferença***, através de suas diversas e recentes reflexões, das quais se podem destacar ***A luta pelo reconhecimento***, 2003 (***Kampf um Anerkennung***, 1992), ***Sofrimento de indeterminação***, 2007 (***Leiden na Unbestimmtheit***, 2001) e ***Disrespect***, 2007 (***Das andere der Gerechtigkeit***, 2000)[81].

O direito à diferença fala do reconhecimento como um tema de destacada importância para a arquitetura das definições e ambições das práticas regulatórias da vida social. Por isso, não se pode ser ***indiferente*** ao ***direito à diferença***, que é este que protege a condição humana, em suas múltiplas expressões, única forma de reconhecer como seres humanos vivem e sofrem concretamente, para que haja a possibilidade de implementação e de direcionamento mais exato de políticas de direitos humanos. O direito à diferença tem isto de particular, a ideia de que é possível que sejamos ***iguais na diferença***, para adotar o lema da Secretaria Especial de Direitos Humanos do Governo Federal (SEDH), para a comemoração dos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

81 A respeito, cf. A. Honneth, Disrespect – ***The normative foundations of critical theory, 2008***; A. Honneth, ***Sofrimento de indeterminação – Uma reatualização da filosofia do direito de Hegel***, 2007; A. Honneth, ***Luta por reconhecimento – A gramática moral dos conflitos sociais***, 2003.

Todos são diferentes entre si; e, propriamente, isto é ser humano, em sua singularidade. Para conceituar a 'natureza humana', deve-se, portanto, respeitar as singularidades. Isso faz com que seja necessário assumir a ***complexidade*** da ***diversidade***, que é a marca mais concreta da 'natureza humana', onde cabe lugar para o reconhecimento do índio, do negro, do branco europeu, do nipo-brasileiro, do sírio-libanês, da mulher, do homem idoso, da mulher homossexual, da criança, do artesão, do intelectual, do bancário, do deficiente, do espírita, do pentecostal, do católico... e isso porque todos temos 'algo em comum' e este 'algo em comum' tem a ver com a igual possibilidade de sermos responsáveis pelo respeito à alteridade e, por isso, considerados pertencentes à comunidade dos que fruem de direitos, na medida concreta de sua condição. Não por outro motivo, as mais recentes normas de direitos humanos já registram e consagram esta lógica como forma de efetivação dos direitos humanos, a exemplo do que se pode ler no Preâmbulo da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007): "***Afirmando*** que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo ao mesmo tempo o ***direito de todos os povos a serem diferentes***, a se considerar a si mesmos ***diferentes*** e a serem respeitados como tais", e, "***Afirmando também*** que todos os povos contribuem para a ***diversidade*** e a riqueza das civilizações e culturas, que constituem patrimônio comum da humanidade" (grifos nossos).

6. Palavras finais

O respeito e a garantia de um direito à diferença envolvem uma generosa visão de 'natureza humana', que, ao se desprender de Universais ou de Estereótipos do Homem Ideal, reconhece na multidiversificada visão do que é o humano, em suas inúmeras expressões e manifestações, a sua verdadeira condição real. Aliás, toda possibilidade de atualmente conduzir legitimamente o discurso dos direitos humanos globalmente vai na esteira desta visão multiculturalista. O direito à diferença fala, pois, do

pertencimento a uma sociedade de iguais, consideradas as diferenças. Não por outro motivo, a cidadania hoje tem mais a ver com o tratamento pluralista a demandas muito diversificadas por inclusão, que soam como 'violação' da igualdade, através das chamadas ações afirmativas, mas que são, em verdade, o cumprimento da ideia de justiça. Quem ainda vê o direito sob um olhar estritamente moderno, não é capaz de enxergar como as mudanças pós-modernas foram capazes de requalificar esse debate sobre igualdade, desigualdade e justiça.

Hoje, as mulheres têm lugar no mundo do trabalho, os jovens têm opinião válida, assim como as minorias reivindicam crescentemente lugar na consagração de seus direitos, as famílias têm uma visão de mundo mais tolerante, o pluripartidarismo vige no país, a hipocrisia cedeu em muitos temas, a expressão é aberta a todas as tendências, a liberdade amplia suas fronteiras, as diversas expressões de sexualidade são possíveis, a força dos movimentos sociais tem demonstrado positivas conquistas sociais, as quotas se instalam possibilitando reequilíbrios já concretos em diversas Universidades por todo o país.

Por isso, as cicatrizes históricas deixadas por Maio de 68 e suas repercussões são incontornáveis, como tema de reflexão, para a Filosofia do Direito contemporâneo, que está tentando lidar com a questão até hoje, discutindo-a através do temário pós-moderno, não se podendo deixar de considerar que deste período se legam inesquecíveis conquistas de direitos que não podem ser desprezadas. Considerando este fato, os direitos humanos não podem mais serem vistos como decorrentes de uma 'natureza humana' abstrata, mas de uma 'natureza humana' de cujas necessidades concretas e de cujo colorido existencial extrai condições para se justificar e se aplicar, materialmente.

Bibliografia

ADORNO, Theodor W. ***Educação e emancipação***. 3. ed. Tradução de Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

____. ***Palavras e Sinais***. Tradução de Maria Helena Ruschel. Petrópolis: Vozes, 1995.

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. ***Dialética do esclarecimento***. Tradução Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

ASSOUN, Paul-Laurent. ***A Escola de Frankfurt***. Tradução de Helena Cardoso. São Paulo: Ática, 1991.

BAUMAN, Zygmunt. ***O mal-estar da pós-modernidade***. Tradução de Mauro Gama; Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

____. ***Modernidade líquida***. Tradução Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

____. ***Modernidade e ambivalência***. Tradução. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BITTAR, Eduardo C. B. ***O direito na pós-modernidade***. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

____. "1968: 40 anos do movimento estudantil na França; 1988: 20 anos da Constituição Federal". ***Tribuna do Direito***, São Paulo, Ano 15, n. 180, p. 12, abr. 2008.

____. "Filosofia crítica e filosofia do direito: por uma filosofia social do direito". ***Revista Cult***, São Paulo, Dossiê Filosofia do Direito: o que foi, e o que é que será?", ano 10, n. 112, ps. 53-55, abr. 2007.

BURKE, Peter. "Lembrança de maio". ***Caderno Mais!***, Folha de São Paulo, domingo, 04 de maio de 2008, p. 05.

HELLER, Agnes; FÉHER, Ferenc. ***A condição política pós-moderna***. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HORKHEIMER, Max. ***Sociedad, razón y libertad***. Traducción e introducción de Jacobo Muñoz Veiga. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

____. ***Autoridad y familia y otros escritos***. Traducción de Román G. Cuartango. Barcelona: Paidós, 2001.

____. ***Crítica de la razón instrumental***. Traducción de Jacobo Muñoz. Madrid: Trotta, 2002.

HONNETH, Axel. ***Disrespect: the normative foundations of critical theory***. Cambridge, Polity, 2008.

____. ***Sofrimento de indeterminação: Uma reatualização da filosofia do direito de Hegel***. Tradução de Rúrion Soaresw Melo. São Paulo: Esfera Pública, 2007.

____. ***Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais***. São Paulo: Editora 34, 2003.

KANT, Immanuel. "Resposta à pergunta: o que é o iluminismo?". ***In: ____. A paz perpétua e outros opúsculos***. Tradução de Artur Morão. Lisboa: edições 70, 1995.

LYOTARD, Jean-François. ***A condição pós-moderna***. 2. ed. Tradução de José Bragança de Miranda. Lisboa: Gradiva, 1989.

MARCUSE, Herbert. ***Cultura e sociedade***. Tradução de Wolfgang Leo Maar, Isabel Maria Loureiro e Robespierre de Oliveira. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

MARTON, Scarlet, "Tentativas de apagar Maio de 68". ***Folha de São Paulo***, Tendências e Debates, São Paulo, 27 de maio de 2008, p. A 3.

MARX, Karl. ***A questão judaica***. Tradução de Silvio Donizete Chagas. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005.

MATTOS, Patrícia. ***Axel Honneth: Formas do desrespeito social. In: Mente, cérebro e filosofia***, São Paulo, Duetto, v. 08, pp. 58-67.

NEVES, Marcelo. ***A constitucionalização simbólica***. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RANCIÈRE, Jacques. "Vamos invadir!". ***Caderno Mais!***, Folha de São Paulo, domingo, 04 de maio de 2008, p. 08.

SARLET, Ingo Wolfgang. ***A eficácia dos direitos fundamentais***. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VENTURA, Zuenir. 1968: ***O ano que não terminou***. 3. ed.: São Paulo: Planeta do Brasil, 2008.

____. 1968: ***O que fizemos de nós***. São Paulo: Planeta do Brasil, 2008.

VEYNE, Paul. ***Como se escreve a história***. Tradução de Alda Baltar e Maria Auxiliadora Kneipp. 2. ed. Brasília: Unb, 1992.

WOLKMER, Antonio Carlos. ***Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no direito***. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

6. VIOLÊNCIA E FRAGMENTAÇÃO SOCIAL[82]*

André Luiz Faisting[83]**

Tratar de um fenômeno tão complexo como o da violência na sociedade contemporânea não se traduz numa tarefa fácil. Mesmo na condição de observadores interessados da realidade social, analisar as causas e as consequências da violência com total isenção torna-se um grande desafio, pois dificilmente conseguimos manter a distância necessária das experiências pessoais e das imagens produzidas e reproduzidas cotidianamente pela mídia, o que certamente influencia nossas próprias representações sociais desse fenômeno. Por esta razão, sempre corremos o risco de cometer um certo "reducionismo" na tentativa de analisar a violência. Esse risco se explica, entre outras razões, porque normalmente reproduzimos, conscientemente ou não, a lógica daquilo que a antropóloga Teresa Caldeira caracteriza como a "fala do crime".

Num texto intitulado ***Cidade de Muros***[84], a autora busca explicar as bases da violência no Brasil em termos de nossa herança autoritária e das representações sociais do crime violento, argumentando que a violência e o medo combinam-se a processos de mudança social nas cidades contemporâneas, gerando novas formas de segregação espacial e discriminação social. Nesse contexto, o crescimento do crime violento gera, também, uma série de estratégias de proteção e reação, dentre as quais a construção de muros seria a mais emblemática. É dentro desse cenário, portanto, que se desenvolve a chamada "fala do crime". De acordo com a autora,

82 * Palestra proferida no "II Congresso Transdisciplinar Direito e Cidadania", promovido pelos Cursos de Direito da UEMS e da FADIR-UFGD, no Teatro Municipal, em Dourados-MS, no dia 16 de setembro de 2008.

83 ** Professor de Sociologia da UFGD. E-mail: andrefaisting@ufgd.edu.br.

84 T.P.R. Caldeira, ***Cidade de Muros – Crime, segregação e cidadania em São Paulo***, São Paulo, Edusp, 2000.

> A fala do crime – ou seja, todos os tipos de conversas, comentários, narrativas, piadas, debates e brincadeiras que tem o crime e o medo como tema - é contagiante [...] A fala do crime é também fragmentada e repetitiva. Elas surgem nas mais variadas interações, pontuando-as, repetindo a mesma história ou variações da mesma história, comumente usando apenas alguns recursos narrativos [...] Assim, a fala do crime alimenta um círculo em que o medo é trabalhado e reproduzido, e no qual a violência é a um só tempo combatida e ampliada [...] A fala e o medo organizam as estratégias cotidianas de proteção e reação que tolhem os movimentos das pessoas e restringem seu universo de interações. Alem disso, a fala do crime também ajuda a violência a proliferar ao legitimar reações privadas ou ilegais – como contratar guardas particulares ou apoiar esquadrões da morte ou justiceiros -, num contexto em que as instituições da ordem parecem falhar[85].

Fundamentados nessa concepção de "fala do crime", não é raro, observamos a tentativa de resgate dos valores constitutivos de nossa herança autoritária quando o assunto é explicar os altos índices de criminalidade e violência. Acrescentaria, por outro lado, a existência também de argumentos que tentam explicar a violência a partir da tradicional concepção de luta de classes como forma histórica de emancipação social, na qual a violência é, de certa forma, positivada. O importante a ressaltar nesse debate é que tanto num extremo como no outro não se explica, suficientemente, o fenômeno da violência contemporânea, mas apenas se reforça valores ideológicos e, com isso, diminui o alcance de nossa visão sobre a complexidade desse fenômeno. Nessa breve comunicação, limitar-nos-emos à apresentação de alguns aspectos deste debate, já aprofundados por autores que se dedicam há mais tempo ao estudo da violência. Trata-se, portanto, apenas de um convite à reflexão, sem a pretensão de esgotar qualquer um dos aspectos dessa discussão, pelas próprias razões apresentadas.

85 T.P.R. Caldeira, 2000, p. 27.

Dentro desse objetivo de refletir sobre a complexidade da violência na sociedade contemporânea, talvez uma forma de iniciarmos esse exercício seja questionar sobre como e porque, diante das novas formas de sociabilidade, a violência se apresenta cada vez mais como uma forma de "linguagem" associada a diversos grupos sociais. Como nos sugere Tavares dos Santos,

> Estaria nascendo um código social de sociação, ou laços de sociabilidade, orientado pela violência? Qual o sentido social da violência enquanto excesso: o sem-sentido, as incivilidades, o extremo, o sofrimento ou a margem? Ou, ao mesmo tempo, não haveria a possibilidade de um sentido oculto, de uma terceira margem reveladora das fraturas do social? Estaria nascendo, a partir da superação da linguagem da violência, uma outra norma social, talvez alimentada pelas lutas sociais contra a violência?[86]

Diante desse quadro de desafios teóricos e conceituais para se pensar o significado da violência na contemporaneidade, penso que uma das contribuições que a Sociologia pode oferecer está justamente na desmistificação da violência como fenômeno associado apenas ao comportamento individual, muitas vezes, descontextualizado. Ou seja, "desnaturalizar" a violência e compreendê-la em termos de sua construção social, apontando para tendências coletivas de comportamento e considerando os valores sociais associados a ela. Daí nossa opção, nesta breve reflexão, em ressaltar menos os aspectos quantitativos relacionados à violência e à criminalidade, e mais as crenças, os valores e as imagens produzidas e reproduzidas pelas representações sociais da violência.

Esse recorte – via representações sociais – permite compreender, também, a própria ideia de fragmentação social associada ao fenômeno da violência, na medida em que devemos compreender a fragmentação não apenas em termos das desigualdades socioeconômicas, por mais im-

86 J.V. Tavares dos Santos, "Microfísica da violência: uma questão social mundial", ***Ciência e Cultura***, vol. 54, ano 1, São Paulo, jun/set 2002, p. 22.

portantes que elas sejam, mas também, e sobretudo, em termos da diversidade cultural e da fragmentação dos valores, características que tem sido muito difundidas nas reflexões sobre a sociedade contemporânea. Para tanto, dividiremos essa apresentação em três partes: a) uma breve discussão sobre alguns aspectos a serem considerados na conceituação da violência contemporânea; b) uma também breve discussão sobre a importância do conceito de representações sociais para compreensão da violência na contemporaneidade e, dentro disso, uma breve discussão sobre a chamada "cultura do medo"; c) uma discussão sobre a relação entre violência, direitos humanos e fragmentação social, destacando esta última como resultado das novas formas de sociabilidade presentes na sociedade contemporânea.

1. Alguns aspectos a serem considerados na conceituação da violência

O termo violência vem do latim ***violentia***, que remete a vis (força, vigor, emprego de força física ou de recursos do corpo para exercer sua força vital). Essa força torna-se violência quando ultrapassa um limite ou perturba acordos tácitos e regras que ordenam relações, adquirindo carga negativa ou maléfica[87]. Na tradição marxista, há a ligação do fenômeno da violência com o exercício do poder de uma classe social sobre a outra, consequência de uma desigual distribuição da riqueza. A violência seria, nesse caso, uma maneira de manter esse estado de coisas de forma institucionalizada e referendada pelo Estado. Outra face da violência é aquela relacionada à manifestação de fúria, na qual a pessoa, ao perder o equilíbrio emocional, comete atos de extrema violência. Para Hannah Arendt, isso acontece devido a injustiças e desesperanças em relação ao

87 A.M. Zaluar, ***Integração perversa e tráfico de drogas***, Rio de Janeiro, FGV, 2004.

futuro imediato, ou seja, só manifestamos uma reação de fúria quando nosso senso de justiça é injuriado[88].

O que se pode destacar como algo comum nessas breves conceituações da violência é que elas sempre aparecem associadas a um limite na interação entre pessoas, caracterizado pelo ***sofrimento*** que provoca. Portanto, algo que pode ser evitado. Por essa razão, a Organização Mundial de Saúde (OMS) caracteriza a violência como uma patologia social, entendida como "a imposição de um grau significativo de dor e sofrimento **evitáveis**". Como fenômeno evitável, portanto, é preciso pensar, também, nas possibilidades políticas de controle e combate a toda forma de violência. Daí decorre que, na comunidade internacional dos direitos humanos, a violência é compreendida como todas as violações dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais.

Minayo & Souza[89] ofereceram uma síntese das teorias que tentam explicar o comportamento violento. Para as autoras, de um lado se situam as teorias que sustentam a própria naturalização da violência, considerando a agressividade humana uma característica inata, própria do instinto de sobrevivência. Assim, subordinam o social ao biológico. De outro lado, estão os que explicam a violência como fenômeno de causalidade apenas social, provocada pela dissolução da ordem, pela 'vingança' dos oprimidos ou pela fraqueza do Estado. Nessa mesma linha de pensamento, poderíamos dizer, de forma bastante simplificada e sem prejuízo de outras classificações, que há pelo menos três concepções que apontam para causas e efeitos distintos da violência contemporânea, quais sejam, a existência de uma ***subcultura da violência***, na qual as ações violentas seriam orientadas pelo meio social onde vítima e agressor convivem; a ***condição socioeconômica***, na qual as agressões seriam oriundas da desigualdade de acesso aos bens materiais e culturais; e a ***ausência do poder estatal***,

88 C.A.C. Almendra & L.F. Baierl, "A violência: realidade cotidiana", ***Sociedade e Cultura***, v. 10, n 2, jul/dez 2007, p. 268.
89 M.C.S. Minayo & E.R. Souza, "Violência e saúde como um campo interdisciplinar e de ação coletiva", ***História, Ciência e Saúde***, vol. IV, n 3, nov 1997/fev 1998, p. 3.

que estaria associada à crise de autoridade dos agentes de controle social gerando, assim, uma sensação de impunidade.

Com efeito, todas estas vertentes oferecem elementos importantes para a compreensão da violência, podendo ser consideradas de forma isolada ou combinada. Por exemplo, as duas últimas vertentes relacionadas – condição socioeconômica e ausência do poder estatal – se constituem em importante modelo para explicar grande parte da violência no Brasil, na medida em que a falta de perspectiva dos mais pobres associada à ausência de controle social por parte do Estado pode criar as condições favoráveis à prática crescente do crime violento. E da mesma forma, a vertente que parte da existência de uma subcultura da violência tem igual importância em suas correlações com as demais, à proporção que as atitudes que implicam práticas violentas podem ser vistas como o resultado de um encontro entre as necessidades sociais e a recusa das normas sociais. E assim como no caso anterior, ela também está associada à ausência de controle estatal, já que tal encontro só é possível quando as forças institucionais de controle tornam-se incapazes de lidar com a violência.

O importante a ressaltar é que a grande polêmica entre os estudiosos das manifestações sociais da violência continua sendo, na verdade, sobre o quanto a pobreza influi na explosão dos atos violentos. Outro aspecto extremamente importante, que apenas recentemente vem sendo considerado entre os estudiosos do tema, é o relativo às pessoas que sofreram violência ou que tiveram algum contato direto com ela. A ideia é que o foco não deve ser apenas nos agentes da violência, mas também nas vítimas, ou seja, o reconhecimento de que a violência produz vítimas que, muitas vezes, não aparecem nas estatísticas criminais. Trata-se, também, de vítimas indiretas da violência, por exemplo, de pessoas que perderam entes queridos por quem tinham afeto. Tal constatação tem estimulado muitos estudiosos a desenvolverem pesquisas sobre vitimização.

Diante destes vários aspectos que devem ser considerados no estudo e na conceituação do fenômeno da violência na sociedade contemporânea, reafirmamos a importância em compreender como se mani-

festam as diferentes representações sobre esse fenômeno, na medida em que consideramos que tais representações podem, inclusive, justificar ações diferentes no controle e combate a todas as formas de violência. Estas diferentes representações também disputam a hegemonia quando a questão é explicar os altos índices de violência e criminalidade no Brasil. Daí nossa intenção em entender melhor como estas representações são construídas e reproduzidas no cotidiano das pessoas comuns.

2. A importância do conceito de representações sociais no estudo da violência

Para ressaltar a necessidade de compreender a violência na sociedade contemporânea a partir das representações sociais, fundamentamo-nos na importante contribuição dos estudos da professora Maria Stela Grossi Porto, que apontam para o fato de que essa seria a forma mais eficiente de compreender a violência. Para a autora,

> É impossível compreender esse fenômeno sem se interrogar sobre os sentidos, os valores e as crenças que estruturam e presidem a vida social, os quais são o conteúdo por excelência das representações sociais [...] A questão parece re-ganhar atualidade quando se discute o papel e o lugar da subjetividade na teoria e sua relação com o também recorrente requisito da objetividade como condição para a produção de conhecimento válido [...] assumir que os valores são a matéria-prima do fazer sociológico[90].

A autora recorre a vários autores do pensamento sociológico para dizer que, se por um lado as explicações morfológicas, materialistas e estruturais implicam geralmente métodos de observação e de demonstração estatísticas, por outro as explicações religiosas, emocionais e culturais, ao contrário, demandam métodos que privilegiem a interpretação, a introspecção e a reconstrução imaginária. Estudar a violência, portanto,

90 M.S.G. Porto, "Crenças, valores e representações da violência", ***Sociologias***, ano 8, n. 16, jul/dez 2006, p. 250.

pressupõe ir além das estatísticas criminais e focar os valores intrinsecamente associados a ela.

As representações sociais são importantes na vida cotidiana, pois estão nos discursos, nas palavras, são veiculadas em mensagens e imagens midiáticas, cristalizadas em condutas e em organizações. Como conhecimento que orienta condutas, ele também é prático na medida em que contribui para criar a realidade da qual fala. Para a autora, deve-se trabalhar a noção de representações sociais sempre no plural, assumindo-as enquanto blocos de sentido articulados, sintonizados ou em oposição a outros blocos de sentido, compondo uma teia ou rede de significações que permite ao analista avançar no conhecimento da realidade social. Acrescenta, ainda, que o conhecimento via representações sociais é um tipo de conhecimento que poderia ser dito de segundo grau, não por ser menos relevante do que aquele obtido de "primeira mão", mas à medida que se chega a ele interrogando a realidade através do que se pensa sobre ela, e não através da análise dos dados brutos. No caso da violência, interessa interrogar sobre os imaginários construídos sobre este fenômeno. Para a autora, estes pressupostos metodológicos podem ser assim resumidos:

1. Embora resultado da experiência individual, as representações sociais são condicionadas pelo tipo de inserção social dos indivíduos que as produzem. Assim, expressam visões de mundo objetivando explicar e dar sentido aos fenômenos dos quais se ocupam ao mesmo tempo que por sua condição de representação social, participam da constituição desses mesmos fenômenos;

2. Em decorrência do exposto acima, as representações sociais apresentam-se em sua função prática, como máximas orientadoras de conduta, podendo-se, com isso, admitir a existência de uma conexão de sentido entre os fenômenos e suas representações sociais que, portanto, não são nem falsas nem verdadeiras, mas apenas a matéria-prima do fazer sociológico.

Considerando que as representações sociais da violência são passíveis de distinções, em função dos múltiplos pertencimentos socioeconômicos e culturais nos quais os indivíduos e/ou grupos de indivíduos se inserem, a autora argumenta:

> A perspectiva analítica centrada nas representações sociais permite captar os sentidos que os atores (protagonistas ou vítimas da violência) atribuem às suas representações e às suas práticas, sem secundarizar o sistema (ambiente, contexto, situação, estruturas) no qual esses atores agem e onde ações violentas são praticadas. Privilegia a subjetividade das representações sabendo, no entanto, que elas só se constroem em relação a um dado contexto ou ambiente objetivamente dado[91].

Do ponto vista da objetividade, portanto, a violência seria o que os números e as estatísticas assinalam, "fazendo ressaltar o caráter 'inegável' da realidade do fenômeno". Por outro lado, de um ponto de vista subjetivo, "a violência precisaria considerar, igualmente, o que diferentes indivíduos e sociedades reputam (representam) como violência". O importante a ressaltar como justificava para o uso das representações sociais na compreensão da violência é que elas podem, em última instância, interferir na própria realidade da violência, ou seja,

> É possível supor que existam, por um lado, contextos (objetivos) mais ou menos favoráveis ao desenvolvimento da violência, e que por outro, o que é representado como violência (dimensão subjetiva) "participe" igualmente da realidade da violência. Se determinados contextos favorecem o desenvolvimento de manifestações de violência, esta, uma vez posta em ação, manifesta aos atores o poder de sua utilização. Neste sentido, uma violência que inicialmente se constitui a partir de um contexto propício produz, ou pode produzir, a violência como lógica de intervenção[92].

91 M.S.G. Porto, 2006, p. 264.

92 M.S.G. Porto, 2006, p. 265.

Assim, definir algo ou alguém como violento implica captar as relações entre objetividade e subjetividade da violência, estratégia que o enfoque das representações sociais parece possibilitar. Esta situação sugere, como disse na introdução, um dilema ao próprio pesquisador, na medida em que do ponto de vista existencial e em sua condição de cidadão, ele partilha um elenco de valores e dirige, através deles, sua conduta. Como cientista social, contudo, deve se dedicar a compreender o elenco de valores presentes na sociedade analisada para, a partir daí, avançar seu conhecimento sobre essa sociedade.

Importa dizer, ainda, que da mesma forma como justificam e orientam as práticas dos atores sociais acerca da violência, as representações sociais podem também justificar e orientar as políticas públicas de combate à violência. E nesse caso, o medo e a sensação de insegurança podem ser reveladores desta constatação, ao passo que essa sensação de insegurança "cria", ela própria, uma demanda por aumento de segurança. E quando aliada a outras representações como impunidade e ineficiência do sistema público, induz à defesa de interesses privados em detrimento do coletivo, levando a uma lógica do "salve-se quem puder" ou do "fazer justiça com as próprias mãos". Conforme a pesquisadora do Núcleo de Estudo da Violência da USP, Nancy Cárdia,

> A presença do medo da violência, dentro de uma sociedade, tem profundo impacto sobre a vida social, cultural, econômica e política de um país [...] visto que se atribui aos governantes a maior parte da responsabilidade por sua redução, entrando, assim, na agenda política, quer como bandeira em campanhas políticas, quer como exigência da população – e, quando isso ocorre, pode ser manipulado para se justificar a adoção de medidas arbitrárias, contanto que dêem a sensação de que serão capazes de reduzir o medo[93].

Combinado com a sensação de ausência de um poder público que garanta a segurança coletiva, a cultura do medo estimula a adoção de

93 N. Cárdia, "Medos Urbanos", ***Revista E (SESC)***, n.134, jul 2008 (site do NEV/USP).

estratégias individuais para diminuir o risco de violência, que variam de acordo com o poder aquisitivo. Além disso, ressalta a pesquisadora do NEV que esse sentimento de medo altera também as relações comunitárias. Ou seja,

> Se o medo não parece afetar a relação entre vizinhos próximos, mas reduz as oportunidades de contato entre moradores de um bairro, ele também afeta a percepção de civilidade: quanto maior o medo, maior a tendência por parte das pessoas de identificarem, dentro de seus bairros, comportamentos incivis: lixo jogado em áreas públicas, brigas em locais públicos, uso de linguagem ofensiva entre pessoas em vias públicas etc. Mais grave ainda é o fato de que, nessas condições, há menor percepção de disposição dos moradores de agirem em defesa da comunidade ou de grupos mais frágeis dentro da comunidade, como crianças e idosos[94].

Entre os jovens, esse problema parece ganhar contornos ainda mais nítidos, pois eles são cada vez mais identificados como executores e como vítimas da violência urbana. Segundo várias pesquisas, a chamada "delinqüência juvenil" se estende desde a participação em roubos e furtos, espancamentos de outros jovens, envolvimento com drogas (como consumidores e também como integrantes do tráfico), até a prática de estupro, sequestro e morte. Várias reportagens na mídia nacional dão destaque a grupos de jovens de classe média e média-alta envolvidos em espancamentos e lutas corporais, muitas vezes, por motivos banais. Para o antropólogo Mauro Guilherme Pinheiro Koury, o sentimento de medo e insegurança pode levar o indivíduo jovem a uma clausura social, isto é,

> A cultura do medo faz as famílias dos jovens desconfiarem de todos os colegas dos seus filhos, mesmo os de famílias conhecidas, pois, como confidenciaram mais de um casal de pais de adolescentes e adultos jovens em entrevista ao autor, 'nunca se sabe, na verdade, quem é que está com o nosso filho', ou, 'às vezes é filho de um conhecido de muito tempo, mas que se revela um pequeno delin-

94 N. Cardia, 2008.

> qüente, podendo estar envolvido com drogas ou com coisa pior', "até meu filho chegar em casa eu não descanso, pois não sei até onde vai o espírito dos coleguinhas dele", 'será que ele vai ser assaltado por um marginal na rua,' 'será que vai se envolver com brigas puxado por outros', 'vai ser objeto de chantagem de policiais em busca de dinheiro fácil', 'será que vai ser vítima de estupro', entre outras indagações e medos imaginários e possíveis, tendo em vista a construção cotidiana da mídia sobre a fragmentação social e sobre a exposição dos jovens a um mundo de maldades e sem lei[95].

Para os propósitos desta breve reflexão, o importante a destacar é que a violência e os atos violentos parecem, de acordo com as representações sociais da violência ilustradas acima, ocupar o espaço deixado pela fragmentação dos valores sociais, inserindo os jovens no social de forma frágil e transitória, e colocando todos sob suspeição. Para Porto,

> A representação acerca de um fenômeno é parte constitutiva desse mesmo fenômeno, 'criando-o', em certo sentido. Assim, no processo de investigação de um crime, a definição do 'suspeito' é resultado, além dos chamados 'dados objetivos', de uma construção social para a qual as representações sociais contribuem de modo significativo[96].

Em síntese, de acordo com as recomendações de Porto, a violência são os fatos da violência – o homicídio, o corpo, o sangue – mas são também as representações sociais da violência. Daí a necessidade de o analista social buscar as relações entre o fenômeno e suas representações, não por considerá-las sinônimo do real, mas sim por assumi-las como um dado de realidade. Significa ressaltar a contribuição substantiva que crenças, valores, ditados populares e ideologias, tomados em sua condição de representações sociais, aportam ao conhecimento do social.

95 M.G.P. Koury, "Cultura do medo e juventude: uma análise do Brasil atual", ***Revista E (SESC)***, n. 134, jul 2008 (site do NEV/USP).

96 M.S.G. Porto, 2006, p. 269.

3. Violência, direitos humanos e fragmentação social

Talvez o maior desafio para compreensão do conceito de fragmentação social, associado ao fenômeno da violência contemporânea, esteja no fato de termos que reconhecer que a fragmentação sugere, nesse caso, um distanciamento da ideia de processos homogêneos de socialização, nos quais a maioria dos indivíduos partilha conteúdos e valores básicos de uma consciência coletiva comum. Ao contrário, o conceito de fragmentação social pressupõe a existência de novas sociabilidades e, com elas, novas possibilidades de estruturação do social.

Essas novas sociabilidades se estruturam tanto em razão da existência de solidariedades como também em função de sua ausência. É o caso, que aqui nos interessa, de sociabilidades estruturadas na e pela violência. Pode-se dizer que, como recurso, a violência insere-se em um elenco de estratégias – oportunidade, afirmação de identidades socialmente negadas, explosão de raivas, frustrações, dentre outras possibilidades.

Para Tavares dos Santos, as raízes sociais dos atos de violência também parecem estar nos processos de fragmentação social. O autor argumenta que como efeito dos processos de exclusão social e econômica, inserem-se as práticas de violência como norma social particular de amplos grupos da sociedade, presentes em múltiplas dimensões da violência social e política contemporânea. Tais rupturas, para o autor, verificam-se tanto nas instituições socializadoras quanto no sistema de justiça, pois todas vivem um processo de crise e de ineficácia do controle social. Assim, a prática da violência vai se inserir em uma rede de dominações de vários tipos – classe, gênero, etnia, faixa-etária, categoria social, violência simbólica – que resultam na fabricação de uma teia de exclusões, possivelmente sobrepostas. Na perspectiva de uma ***microfísica da violência***, o autor nos alerta:

> Não basta remeter a violência às determinações econômicas e políticas, embora seguramente elas permaneçam atuando como causas eficientes [...] se aceitarmos a idéia de uma microfísica do

> poder de Foucault, ou seja, de uma rede de poderes que permeia todas as relações sociais, marcando as interações entre os grupos e as classes, podemos estendê-la conceitualmente aos fenômenos da violência: aparenta ser útil, portanto, superar as concepções soberanas do poder e da economia, para dar conta da microfísica da violência[97].

Contudo, se por um lado as representações sociais da violência podem ser entendidas como reflexo da fragmentação social e das novas formas de sociabilidade na sociedade contemporânea, é preciso reconhecer, sobretudo no caso brasileiro, a importância de nossa herança autoritária no que se refere à garantia dos direitos fundamentais. Como exemplo dessa constatação, basta reconhecer a existência da representação social, ainda tão em voga na realidade social brasileira, de que os diretos humanos protegem apenas os bandidos. Caldeira também trata deste problema em sua obra ***Cidade de Muros***, analisando duas questões interligadas que vieram à tona no Brasil depois do início do regime democrático, no início dos anos 80. A primeira é a ampla oposição aos defensores dos direitos humanos, e a segunda é a campanha pela introdução de pena de morte na Constituição Brasileira. Conforme a autora, como fundamentos dessas duas questões estariam o aumento do crime violento e do medo, bem como as tendências urbanas na direção da fortificação e de novos modos de segregação. No que se refere à representação dos direitos humanos como direitos exclusivos na defesa de bandidos, a autora argumenta:

Embora a violação dos direitos humanos seja comum no mundo contemporâneo, opor-se aos direitos humanos e concebê-los como algo ruim, mesmo reprovável, no contexto de uma democracia política é algo único. Entender como isso foi possível e como os direitos humanos foram transformados de direitos legítimos em 'direitos de bandidos' é entender vários elementos da cultura e da vida política brasileira[98].

97 J.V. Tavares dos Santos, 2002, p. 23.
98 T.P.R. Caldeira, 2000, p. 344.

Retornando à década de 1980, quando a crime violento aumentou significativamente em São Paulo, e assim passou a fazer parte do debate público juntamente com a questão dos direitos humanos, a autora oferece, de nosso ponto de vista, vários exemplos de como as representações sociais do crime, da violência e dos direitos humanos constituíram, em grande medida, nossa herança autoritária. Segundo a autora, o significado dos direitos humanos depende de como o conceito é articulado politicamente em contextos específicos, pois a defesa destes direitos, no Brasil, ajudou tanto a ampliar o seu reconhecimento (durante o regime militar) quanto a contestá-los (sob o regime democrático). Os oponentes aos direitos humanos, através dos meios de comunicação de massa, influenciaram grandes parcelas da população. Num dos exemplos oferecido pela autora, que reproduziremos a seguir, está o discurso de um famoso radialista à época, que foi eleito como candidato mais votado na Assembleia Legislativa de São Paulo com uma campanha voltada exclusivamente à crítica aos direitos humanos. Ao se referir aos presos comuns, ele disse o seguinte:

> Tinha que pegar esses presos irrecuperáveis, colocar todos num paredão e queimar com lança-chamas. Ou jogar uma bomba no meio, pum! Acabou o problema. Eles não têm família, eles não têm nada, não têm com que se preocupar, eles só pensam em fazer o mal; e nós vamos nos preocupar com ele!? [...] Esses vagabundos, eles nos consomem tudo, milhões e milhões por mês; vamos transformar esse dinheiro em hospitais, creches, orfanatos, asilos, dar uma condição digna a quem realmente merece ter essa dignidade. Agora, para esse tipo de gente... gente? Tratar como gente! Estamos ofendendo o gênero humano (Entrevista de Afanásio Jazadji a um programa de rádio em 25/04/1984, citado por Caldeira, 2000, p. 348).

O importante a ressaltar a partir deste e de outros exemplos é que, ainda que antigos, eles nos permitem pensar até que ponto ocorreram mudanças em nossas percepções do crime e da violência e das soluções oferecidas para controle e combate a esses fenômenos sócias. Ou seja, é possível afirmar que os adversários dos direitos humanos ainda operam

com as estratégias da fala do crime, articulando seus discursos com base nas categorias estereotipadas associadas à oposição do bem contra o mal? De outro lado, os defensores dos direitos dos presos, por exemplo, ainda o fazem com base num discurso humanitário? No passado, o primeiro tipo de discurso provou ser infinitamente mais popular. E, atualmente, será que as respostas seriam diferentes? O importante a ressaltar para os propósitos dessa apresentação é que estamos tratando, essencialmente, de representações sociais.

No que se refere à pena de morte, o mesmo discurso anti-direitos humanos tem levado a reivindicações de punições severas para criminosos. Dentre estas reivindicações inclui-se a pena de morte, as execuções sumárias e algumas vezes a tortura. A pena de morte talvez, pela sua complexidade e múltiplos aspectos valorativos envolvidos, seja uma das melhores maneiras de pensar a importância da violência enquanto representação social na sociedade contemporânea em geral, e em especial no Brasil. Isto porque, segundo Caldeira[99], a população considera que métodos humanitários e o respeito à lei por parte da polícia contribuíram para o aumento do crime. No contexto do aumento do crime e do medo, portanto, a população passa a exigir punições mais pesadas e uma polícia mais violenta, e não direitos humanos. Para Sergio Adorno,

> O problema da violência na contemporaneidade é que tudo converge para um único propósito e anseio popular, qual seja, o de punir cada vez mais. Nesta perspectiva, tanto as discussões como as práticas a respeito dos direitos humanos que chegam e são difundidas pela população não se apresentam sob a forma de igualdade ou liberdade, mas sim de penalização, integrando, nas palavras do autor, um movimento mundial de 'obsessão punitiva crescente'[100].

99 T.P.R. Caldeira, 2000, p. 349.

100 S. Adorno, ***A gestão urbana do medo e da insegurança – Violência, crime e justiça penal na sociedade Brasileira contemporânea***, Tese de livre docência / FFLCH/USP, 1996, p. 21.

Ainda que os direitos humanos tenham se tornado, nas últimas décadas, uma questão internacionalmente importante, persistem as concepções fundamentadas na defesa de formas violentas e privadas de vingança, entre elas a pena de morte. Assim, um dos argumentos mais frequentes a favor da pena capital é aquele que refletiria o "sentimento popular". Importa destacar, segundo Caldeira, que se pensa na pena de morte mais em termos de **vingança social** do que em termos da lei ou da eficiência para reduzir a criminalidade. A lógica da vingança pessoal é quase sempre a referência. Nesse caso, também estamos diante de forte influência das representações sociais.

De outro lado, muitos participantes desse debate que são contrários à pena de morte argumentam que as causas da violência e do crime são sociais e estruturais e, portanto, não podem ser tratadas com medidas desse tipo. Para tanto, propõem reformas sociais, políticas e judiciais. Vale ressaltar, contudo, que mesmo esses argumentos usam a "fala do crime", pois ao associar o crime com pobreza e marginalidade acabam reforçando o estereótipo que liga criminalidade e pobreza.

Nesta breve comunicação, nosso objetivo foi o de levantar subsídios para o reconhecimento da importância das representações sociais da violência como conteúdos da própria violência. Em outras palavras, compreender o que se pensa sobre a violência pode contribuir para os propósitos de se criar estratégias de controle a toda forma de violência, inclusive as simbólicas. Para finalizar, e não parecer que estamos diante de um problema insolúvel, concluo utilizando um trecho do texto de José Vicente Tavares dos Santos, que apresenta uma visão otimista num mundo onde a incerteza e o risco parecem dominar.

> Dentro destas linhas de fratura, respeito à dignidade humana, com fundamento no direito à vida, poderia consistir no fundamento de uma luta social contra a violência. Seria, então, possível, pensar a construção de uma cidadania mundial, marcada pela criação institucional e pela difusão e comunicação de práticas sociais, jurídicas e simbólicas inovadoras e planetárias. Visualiza-se – no tempo infinito da paciência, do diálogo e da mediação dos conflitos soci-

> ais – a perspectiva de construção de uma segurança do cidadão e da cidadã, composta por políticas sociais, por projetos sociais preventivos, protagonizados pelas administrações públicas, pelo mundo associativo, pelo terceiro setor, pelas escolas: a emergência da planificação emancipatória no campo da mediação de conflitos e da pacificação da sociedade contemporânea [...] Emerge a possibilidade de um controle social democrático, orientado pelo respeito à dignidade humana, construindo regras de sociabilidade, na rua, no bairro, na escola, nos estádios e nas instituições. Uma modalidade de segurança cidadã capaz de realizar, de modo substantivo e multicultural, projetos sociais e políticos que reconstruam a solidariedade, a dignidade humana e a liberdade da ação coletiva, pacificando as relações sociais e produzindo uma outra temporalidade de esperanças não-violentas em um espaço planetário[101].

Referências bibliográficas

ADORNO, S. ***A Gestão Urbana do Medo e da Insegurança – Violência, Crime e Justiça Penal na Sociedade Brasileira Contemporânea***. Tese livre docência, FFLCH/USP, 1996.

ALMENDRA, C.A.C. & BAIERL, L.F. "A violência: realidade cotidiana". ***Sociedade e Cultura***, v. 10, n. 2, jul/dez 2007.

CALDEIRA, T.P.R. ***Cidade de Muros – Crime, segregação e cidadania em São Paulo***. São Paulo: Edusp, 2000.

CARDIA, N. "Medos Urbanos". ***Revista E (SESC)***, n. 134, jul 2008 (site NEV/USP).

KOURY, M.G.P. "Cultura do medo e juventude: uma análise do Brasil atual". ***Revista E (SESC)***, n. 134, jul 2008 (site do NEV/USP).

MINAYO, M.C.S. & SOUZA, E.R. "Violência e saúde como um campo interdisciplinar e de ação coletiva". ***História, Ciência e Saúde***, vol. IV, n. 3, nov 1997/fev 1998.

101 J.V. Tavares dos Santos, 2000, p. 23.

PORTO, M.S.G. “Crenças, valores e representações da violência”. ***Sociologias***, ano 8, n. 16, jul/dez 2006.

TAVARES DOS SANTOS, J.V. “Microfísica da violência: uma questão social mundial”. ***Ciência e Cultura***, vol. 54, ano 1, São Paulo, jun/set 2002.

ZALUAR, A.M. ***Integração Perversa e tráfico de drogas***. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

7. VIRTUDE DA CONSTITUIÇÃO E VIRTUDES REPUBLICANAS[102]*

Paulo Ferreira da Cunha[103]**

Há honras sem honra, assim como há honra sem honras.
(António Alberto Morais de Carvalho — ***Aphorismos e Pensamentos Moraes, Religiosos, Politicos e Philosophicos***, Lisboa, 1850)

[...] ***sendo que é mais glorioso o merecer, do que o lcançar.***
(Matias Aires – "Dedicatória" das ***Reflexões sobre a Vaidade dos Homens, in fine***)

Virtude é o princípio ativo (como a substância química que anima e dá vida a um medicamento), é essência, ideia-força, e função. Virtude é virtualidade, capacidade, ação de algo. Virtude da Constituição é a sua essência e a sua função.

Importa distinguir, separar as águas: uma coisa é a Virtude da Constituição. Falar dela é falar de todos os benefícios do Constitucionalismo. Outra coisa é falar da Virtude e das Virtudes (entidades axiológicas específicas, paralelas aos valores) na Constituição.

A Constituição, em si mesma, é um género literário com a virtualidade de convocar bons sinais de democracia e cidadania. Há como que um enredo-padrão na Constituição, que está na sua matriz revolucionária

102 * A presente conferência vem no seguimento de múltiplos artigos, capítulos de livros e conferências sobre temas próximos. Apresenta com eles algumas naturais e imprescindíveis intertextualidades. Este texto é um guião apenas, porque a conferência a que se refere seria afinal feita de cor, com leitura apenas de pequenas citações de textos alheios. Aqui, se publica, porém na totalidade, para memória futura. O nosso particular agradecimento ao organizador do evento, Prof. MSc. Acelino Rodrigues Carvalho, e ao Director da Faculdade de Direito UFGD, Prof. Dr. Helder Baruffi, cuja simpatia e anfitrionia são já seguro sinal de muitos e bons futuros trabalhos. Bem hajam.

103 ** Professor Catedrático de Direito e Director do Instituto Jurídico Interdisciplinar na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Doutor em Direito das Universidades de Paris II e Coimbra.

e demo-liberal. A tríade (que depois se alargaria) separação dos poderes/direitos humanos (ou fundamentais)/sacralidade textual e codificação está inscrita no código genético do género literário "Constituição".

Mesmo quando um regime político se apresenta como anti-democrático, anti-parlamentar e anti-liberal (como foi o caso do Estado Novo português – 1926-1974), nem assim consegue (no texto da Constituição, não na prática...) afastar-se totalmente do legado demo-liberal. E, assim, se estará perante uma constituição semântica ou até nominal. No caso da Constituição autoritária de 1933, há uma deriva que afasta o texto final da Constituição do texto do relatório, mais puro na ideologia autoritária[104].

Essa é a grande virtude da Constituição. Logo que um ditador aceite uma Constituição imediatamente o seu poder sem freio e sem lei se submeterá (ainda que em teoria apenas) a algum limite. É sempre melhor ter-se uma Constituição do que se não ter nenhuma.

A grande síntese das virtualidades da Constituição – entenda-se, da Constituição do Constitucionalismo moderno – foi traçada pelo grande escritor liberal (e companheiro de armas do rei D. Pedro IV, Imperador D. Pedro I do Brasil), Almeida Garret[105]. Ele explica as grandes razões do Constitucionalismo liberal, que é aquele em que ainda hoje vivemos, e que, com suas evoluções sociais, é o que triunfou (como afirma Vergottini[106]).

I. As Virtudes em Geral e a Justiça

A partir da Constituição espanhola de 1978, a questão dos valores políticos passou claramente ao direito positivo. Com efeito, este texto constitucional, inspirado sem dúvida na Constituição portuguesa de 1976, mas sistematizando e verbalizando o seu legado axiológico (de algum

104 P. Ferreira Cunha, ***Raízes da República – Introdução Histórica ao Direito Constitucional***, Coimbra, Almedina, 2006, p. 379 ss.

105 A. Garret, ***Obras de...,*** Porto, Lello, s/d, 2 vols., vol. I, máx. pp. 932-933.

106 G. Vergottini, Le Transizioni Costituzionali, Bolonha, Il Mulino, 1998.

modo ainda sincrético), começa precisamente por declarar os "valores superiores".

Os valores políticos mais altos serão, assim (embora recordemos que pode haver outras "triangulações" e/ou "geometria variável"), a Liberdade, a Igualdade e a Justiça (como afirma a referida constituição espanhola[107]), a caminho da Fraternidade, pela via da Solidariedade, normalmente.

A dimensão subjectiva da ética política, gémea da objectiva, dos valores, é a das virtudes. Depois do "retorno" dos valores, é a vez da volta das virtudes à discussão, designadamente pela via da ética constitucional ou republicana, de novo na ordem do dia em muitos países.

Quais serão, então, as principais virtudes juspolíticas, constitucionais, ou republicanas?

Sabe-se como sempre os catálogos constituem uma certa dogmatização. Mas tentemos aperceber algumas, recordando os bons exemplos dos bons políticos, dos juristas justos, etc.

A primeira virtude que ocorre é a própria Justiça. Ou, se preferirmos, amor à Justiça e ao exercício amoroso da Justiça.

Antes de mais está, pois, o sentimento de Justiça feito virtude, pela qual se procura, com paixão, mas com rigor e tendo em vista o bem comum (sem descurar, diríamos de forma mais actual, o objectivo da justiça social[108]), ***atribuir a cada um o que é seu***. Embora se saiba que este último brocardo, presente em Ulpianus, seja mais um método e um programa que uma solução para o problema da Justiça, como, por exemplo, sublinharia Norberto Bobbio.

A ideia de muito rigor no processo concreto de atribuição foi já sublinhada pela exigência de ela só vir a ser feita depois de recto julgamento, como sabiamente acrescentou à fórmula tradicional Santo António[109],

107 A qual acrescenta, por razões claramente conjunturais, o "pluralismo político", que deveria ser considerado antes um princípio, incluído no valor geral da liberdade.

108 Cf., sobre o bem comum e a justiça social, v.g., P. ferreira Cunha, ***Política Mínima***, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, p. 38 ss., p. 61, máx. pp. 87-94.

109 Santo Antônio de Lisboa, Sermão do 4.º ***Domingo depois da Páscoa***, in Fontes Franciscanas III, ***Santo António de***

remetendo para Santo Isidoro de Sevilha[110]. E o mesmo autor, agora evocando Santo Agostinho[111], muito justamente dá à Justiça, logo num passo contíguo, a dimensão de virtude (que sabemos também tem). Pois a considera ***hábito do ânimo***. Note-se ainda que o santo pregador de Lisboa remete para o bem comum, como requisito dessa atribuição, nesta mesma passagem.

II. Amor à Liberdade, Igualdade, Fraternidade

Do mesmo modo se pode dizer que são virtudes juspolíticas de hoje, dos Estados Constitucionais dos nossos dias, estados democráticos sociais e culturais de direito (enorme sintagma para que aponta a teorização de um Peter Haeberle[112], que sublinha a dimensão cultural, não tão referida noutros[113]), outros tantos amores ou dedicações aos valores neles imperantes neste plano juspolítico. Além do já visto amor à Justiça, o amor à Liberdade, à Igualdade, e o anelo da Fraternidade...[114]

Logo a seguir, antes mesmo de pensarmos nas virtudes do bom estadista da República, recordemos um belíssimo texto de Montesquieu:

Lisboa. Biografias. Sermões. Sermões Dominicais. Septuagésima – Pentecostes, Braga, Editorial Franciscana, 1998, vol. I, p. 346. Cf. original latino: Divi Antonii Padu Minoritae, Sermones Dominicales Moralissimi Super Evangelia Totius anni, Venetis, MDLXXIIII, p. 273.

110 Santo Isidoro de Sevilha, ***De Diff.***, II, 156, PL 83, 95.

111 Santo Agostinho de Hipona, ***De Diversis quaestionibus***, 31, 1, PL 40, 20.

112 Veja-se apenas este passo, para o sublinhar da dimensão cultural: "O constitucionalismo é uma criação cultural por excelência. Resultou de textos dos clássicos – sobretudo de Aristóteles, passando por John Locke, Montesquieu e Rousseau até Jonas e John Rawls – mas também de grandes textos, nomeadamente os Federalist Papers, da criação dos Estados Unidos (1787), [os textos] de 1789 ou a Constituição Suíça (1848), e igualmente de simples projectos de Constituição (...) O constitucionalismo é (...) uma criação da Humanidade como um todo (...)", ***in*** P. Haeberle, ***Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo***, Conferência Internacional sobre a Constituição Portuguesa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 26 de Abril de 2006, inédita, p. 6 da versão policóp. Cf., ainda, brevitatis causa, P. Haeberle, ***Verfassungslehre als Kulturwissenschaft***, Berlim, Duncker & Humblot, 1998.

113 Mas também presente, v.g., num P. Lucas Verdú, ***Teoría de la Constitución como Ciencia Cultural***, 2.ª ed. corrigida e aumentada, Madrid, Dykinson, 1998.

114 Cf. P. Ferreira Cunha, ***Direito Constitucional Aplicado – Viver a Constituição, a Cidadania e os Direitos Humanos***, Lisboa, Quid Juris, 2007, máx. p. 119 ss.

> "Il ne faut pas beaucoup de probité, pour qu'un gouvernement monarchique ou un gouvernement despotique se maintiennent ou se soutiennent. La force des lois dans l'un, le bras du prince toujours levé dans l'autre, règlent ou contiennent tout. Mais, dans un Etat populaire, il faut un ressort de plus, qui est la VERTU. (...) Lorsque cette vertu cesse, l'ambition entre dans les cœurs qui peuvent la recevoir, et l'avarice entre dans tous. Les désirs changent d'objets: ce qu'on aimait, on ne l'aime plus; on était libre avec les lois, on veut être libre contre elles. Chaque citoyen est comme un esclave échappé de la maison de son maître; ce qui était maxime, on l'appelle rigueur; ce qui était règle, on l'appelle gêne; ce qui y était attention, on l'appelle crainte. C'est la frugalité qui y est l'avarice, et non pas le désir d'avoir. Autrefois le bien des particuliers faisait le trésor public; mais pour lors le trésor public devient le patrimoine des particuliers. La république est une dépouille; et sa force n'est plus que le pouvoir de quelques citoyens et la licence de tous."[115].

Dele se parte, facilmente, para uma ideia de virtude política (que também é virtude particular), porquanto essa virtude (ou essas virtudes) é o contrário exacto do que sucede na segunda parte desse texto.

III. Serviço e Dedicação Pública

Assim, em lugar da ***ambição*** pura e simples (lembremos que, classicamente, a ambição é ambivalente como virtude ou vício) do político vicioso, estão as virtudes de ***serviço*** e ***dedicação*** do político que cultiva as virtudes republicanas. Como esse grande magistrado e político do liberalismo (e obreiro das Bases da Constituição, que D. João VI jurou) que foi Manuel Fernandes Tomás (1771-1822), o qual morreu pobre, e a cuja viúva e filhos teve o Parlamento que votar pensão, para que não ficassem na indigência. Ou o professor e ensaísta republicano Basílio Teles (1856-1923), que, depois de ter recusado ser ministro por duas vezes, acabaria por viver na miséria.

115 Montesqueiu, ***De l'Esprit des lois***, III, 3.

Mas estes exemplos são pouco falados. Pelo contrário, a vox populi faz-se eco é dos "mensalões" e outros escândalos. Será que todo o poder está envolto por uma sombra demoníaca?[116] Que muito dinheiro queima nas mãos dos justos? Que, afinal de contas, as boas pessoas não saem nunca da cepa torta?

O politólogo Prof. Doutor José Adelino Maltez, no seu ***blog (Sobre o Tempo que Passa***: http://tempoquepassa.blogspot.com/), cita judiciosas passagens de António Alberto Morais de Carvalho[117]. Não resistimos a respigar: ***O empregado com pequeno ordenado, que vive com luxo, se não herdou, furtou. Os cargos do Estado, em mãos de probidade, dão proveito, e honra: em mãos de corrupção, dão proveito sem honra. A probidade do empregado público não pode viver, nem com o luxo, nem com a miséria. Os escritores assalariados, de ordinário, são como as rameiras; prostituem-se a quem lhes paga. Se a honra de representar a nação pela deputação fosse estéril de empregos, e distinções, haveria menos quem a ambicionasse. Aos déspotas nunca faltam mandarins, que sejam vis executores dos seus decretos. Qualquer grumete se reputa habilitado a dirigir o leme da nau do Estado; por isso, ela, muitas vezes, sofre avarias. Um governo sábio deve criar homens para empregos e não empregos para homens. Há honras sem honra, assim como há honra sem honras.***

E o sempre subtil Montesquieu comenta a ambição (e não só a ambição política) desta forma sábia:

> A outra categoria de gentes infelizes, oposta a estes – falava dos abúlicos – é a daqueles que desejam impacientemente tudo o que não podem ter, e que secam na esperança de um bem que se distancia cada vez mais. Não falo aqui senão de um frenesi da alma, e não de um mero movimento. Assim, um homem não é desditoso porque tem ambição, mas porque é devorado por ela.

116 Cf., v.g., G. Ritter, ***Die Daemonie der Macht***, Munique, R. Oldenbourg, 1948 [trad. it. de Enzo Melandri, ***Il Volto Demoniaco del Potere***, Bolonha, Il Mulino, 1958].

117 A.A. Morais de Carvalho, ***Aphorismos e Pensamentos Moraes, Religiosos, Politicos e Philosophicos***, Lisboa, 1850.

IV. Desapego e Liberalidade Privada

Em vez da ***avareza pessoal***, a virtude política requerida aos políticos será o desapego dos bens materiais e a ***liberalidade*** (que é a virtude, o hábito equilibrado, entre a avareza e a dissipação perdulária) no tocante às finanças privadas. Mas, em contrapartida, impõe-se-lhes grande ***parcimónia*** no uso dos dinheiros públicos, estrita separação do que é património particular e do que é património do Estado. E honra seja feita aos primeiros reis portugueses, que em seus testamentos já claramente afastavam qualquer tipo de patrimonialidade do reino, assim mantendo a sua unidade.

Do mesmo modo que o reino não era propriedade privada do monarca, a distribuir em quinhões por filhos e outros herdeiros, também em república o Estado não é propriedade horizontal de titulares de poderes, quer de órgãos de soberania, quer de gestores públicos, e outros detentores de poder, ainda que mínimos. Infelizmente, em alguns países, a confusão entre o público e a propriedade privada de alguns torna actual esta referência.

E não é só uma questão de pura patrimonialidade, é também de gestão pública. Por exemplo, ao demorar muito a atribuição de uma pensão de reforma ou de aposentadoria, um funcionário-"decisor" (que não é sequer um governante, nem será certamente um desses políticos execrados pela ***vox populi*** rezingona), não se presumindo que por tal se beneficie patrimonialmente a si, pode estar a causar sério dano ao idoso ou inválido que se vê privado da sua fonte de rendimento, essencial para se manter. Mais: quem, numa posição semelhante, na Administração, tem poder de atribuir ou não prémios ou subsídios (e muitas vezes sem qualquer fiscalização) pode ter a impressão (falsíssima, perversíssima) de que gere coisa sua. Mas não: é ***res publica***. E sempre todos os funcionários que lidam com contas deveriam prestar contas públicas, para que realmente se visse onde é gasto o dinheiro dos impostos. Pode motivar demagogia, mas preveniria muitos abusos, sem dúvida.

V. Despojamento, Frugalidade e Comedimento Pessoais

O exercício diuturno em funções públicas do rigor republicano leva também ao ***despojamento*** pessoal, e comunica-se a uma concepção de como estar no Estado: com aticismo, com ***comedimento, frugalidade***. Levando à fuga à pompa, às cerimónias e protocolos e festas faraónicas, ordenados e alcavalas principescas, e mordomias quase inimagináveis para o comum dos cidadãos.

Durante a Constituinte que levaria à Constituição de 1911, chegou a discutir-se a oportunidade de haver uma residência oficial do Presidente da República, e fizeram-se discursos subtis em que se chegaria a justificar que tão alto magistrado ganhasse menos que alguns diplomatas.

A imagem do professor e polígrafo Teófilo Braga (1843-1924), indo modestamente de eléctrico para o seu emprego (nada menos que a Presidência da República), de chapéu, sobretudo e guarda-chuva, é exemplo dessa sobriedade e dessa concepção do poder como função e como serviço aos outros. Há dessas viagens de eléctrico fotografias impressionantes, e exemplares. Deveria ser incluída nos livros da instrução elementar das nossas escolas, como símbolo de educação cívica e moral. E estar em ***passepartout*** bem visível na secretária de todos os que detêm poder... grandes e pequenos.

Outras medidas de advertência eram algumas pinturas tétricas de julgamentos divinos nas cadeiras dos juízes, por exemplo, em alguns estados germânicos. Não iríamos tão longe. Mas, numa sociedade infelizmente mais dessacralizada do que verdadeiramente laica, terminado o medo do inferno, e instalada a descrença na punição dos "ricos e poderosos" pelos tribunais, que cada vez mais se pensa só apanharem e mesmo assim por pouco tempo "peixe miúdo" (mais alguns desses lugares comuns que perturbam a imagem da Justiça), que acaba por ficar-nos? Importa muito, como grande prioridade, criar mais confiança na Justiça. Não, evidentemente, saciando as ganas vingativas dos instintos mais arcaicos, mas

provando a eficácia da força tranquila do Estado, capaz de proteger os seus cidadãos. Se assim não for, tudo estará perdido.

VI. Constância, Adaptabilidade Inteligente e Coerente

À mudança de desejos e inclinações, signo de ***volubilidade*** e ***irrequietude***, tão típicas das sociedades anómicas, opor-se-ão as virtudes da ***constância***, da ***coerência***. Embora se deva sublinhar que, perante a mutação social vertiginosa e a necessidade de adaptar a acção a sempre novos e insuspeitados desafios, não raro os políticos coerentes têm de mudar. Até para manter a sua coerência. "Só os burros não mudam de ideias", afirmou um antigo Presidente da República. É que se pode ser coerente mudando. Mais: pode ter que mudar-se para se continuar a ser coerente. Só quem passou pela política por dentro compreenderá bem esta particularidade da moral política. E asseguramos que não estamos a ser complacente e muito menos laxista. A necessidade de dar respostas e de evitar males maiores por vezes leva a que se tenham que afastar rigorismos, escrúpulos excessivos (da consciência escrupulosa), e vencer resistências interiores, algumas até de estilo. Só que passou, por exemplo, pelos apertos de mão, abraços e beijos em massa em mercados compreende que a privacidade e a individualidade de um político popular não são as mesmas de quem, ***comme il faut***, se coloque a uma distância de segurança e respeito de um metro do seu mais directo interlocutor.

Assim, acaba por haver uma outra virtude: a ***ductilidade***, não como o junco que a tudo verga, mas como ***adaptabilidade, maleabilidade ou flexibilidade inteligente e coerente***. Lenine, mestre da estratégia, cunhou uma fórmula possível: muitas vezes se trata de dar um passo atrás para dar dois passos em frente. E nem sempre é maquiavelismo condenável. Aliás, Maquiavel não foi "maquiavélico"[118].

118 P. Ferreira Cunha, ***Repensar a Política***, 2.ª ed., p. 163 ss., et passim.

VII. Respeito pelas leis como garantes de liberdade

Virtude não é o cumprimento acéfalo do que se julga ser lei, antes o seu acatamento responsável, esclarecido. E a lei não é confundível integralmente com o seu enunciado verbal, ou com uma unívoca interpretação. Aliás, os tribunais constitucionais e cortes supremas com essas funções podem proscrever, se assim o entenderem, não a eliminação pura e simples de uma norma da respectiva ordem jurídica, mas apenas uma sua interpretação (que normalmente será a mais literal).

Os casos concretos nunca são claros. Nem se pode dizer que perante um texto de lei claro não haja lugar a interpretação. Acresce que, como dissemos já e é do senso comum, pode haver leis injustas, que, contudo, podem ser punidas com a sua desconsideração enquanto tais.

Tudo isto faz com que a virtude não seja apenas obedecer cegamente, segundo a máxima da decadência romana ***dura lex, sed lex***. Antes se trata de ser livre com as leis, desde que elas o sejam, desde que elas o permitam. E de agir mesmo contra elas (muito excepcionalmente, e só em casos bem ponderados: porque por vezes mais podem ser os males advenientes que os bens...) se elas apenas de leis tiverem o nome, sendo claramente injustas. Mas injustas objectivamente, não injustas na perspectiva interesseira, egoísta, ou míope de uma subjectividade sem dimensão social e comunitária.

As leis têm de ser garantia de Liberdade (e de outros valores). E devem obedecer aos requisitos que já Isidoro de Sevilha lhes prescreveu: devem as leis ser honestas, justas, possíveis, adequadas à natureza, ao costume nacional, oportunas temporal e localmente, úteis, claras, e votadas ao interesse comum[119].

Ao corresponderem a todos estes requisitos, as leis são, realmente, esteio do governo moderado, que é condição da Liberdade. E compatibili-

119 Santo Isidoro de Sevilha, ***Etymologiæ***, V, XXI.

zam-se com a sociedade, quer na sua "raiz" ou mito, quer na sua "asa" ou utopismo e sonho, recordando João Baptista Machado.

VIII. Contra a Licença, as Virtudes da Delicadeza, Atenção e Solidariedade

A comparação de Montesquieu a propósito da licença (ou licenciosidade) e desbragamento das sociedades corrompidas pela eclosão da liberdade exterior, sem liberdade interior, é muito eloquente: assemelham-se ao escravo fugido da casa do seu amo. Mas iríamos mais longe. A situação do homem contemporâneo, em regra sem educação em casa e na escola que lhe balizem a moral (esta última só parece poder dar instrução, e mesmo essa duvidosamente eficaz), assemelha-se mais a um liberto enfrentando sem norte o vórtice das possibilidades infinitas da liberdade. Mas ao contrário do escravo tornado livre, que recordará o rigor da sua servidão (e terá ainda interiorizado como sagradas algumas normas), o homem de hoje não recorda cativeiro algum, nem nenhum visível amo (começa a haver livros de auto-ajuda para defesa de pais contra a tirania dos seus filhos). Pelo que, nascido na liberdade exterior, carece inteiramente de instrumentos para enfrentar e dela bem usar. A libertinagem é um risco muito sério.

É natural que qualquer tentativa de se impor uma ordem, uma regra, uma máxima seja também hoje considerada rigorismo, incomodidade, constrangimento. Nas escolas, isso está a acontecer, com resultados futuros de que ainda não antevimos senão uma pálida imagem. A própria ***delicadeza*** é proscrita como absurdo, bizarria, ou tradução de temor. E é também natural que, assim, todos os desejos e todas as ambições andem à solta e sem freio, sem qualquer ***atenção*** ou ***compaixão*** pelos outros, ignorando a palavra ***solidariedade***, num individualismo e egoísmo sem peias. Negação de qualquer moral normativa, que implica, como sabemos, alguma máxima elevada, susceptível de generalização.

IX. Contra o Privilégio, as Virtudes do Amor à Racionalidade e Ordem, Imparcialidade, e Equidade

A amizade pela ***racionalidade*** das coisas (com desafeição ao privilégio, que é sempre vantagem sem causa, sem razão, para alguém) e pela ***ordem social***, o escrupuloso rigor, nas contas, nas nomeações, nos procedimentos; o tratamento ***imparcial***, justo e ***équo*** de todos, muito em especial dos subordinados, dos mais fracos, dos com menos possibilidades de reacção e de defesa dos seus direitos – eis uma panóplia de virtudes que se devem exigir a todo o político (e porque não também ao jurista, e sem dúvida a todo o funcionário público) numa República progressiva. Melhor, numa República que queira merecer esse nome.

Evidentemente que, por exemplo, num concurso público sempre será possível elaborar (sob pretexto e com a aparência de racionalidade, rigor, imparcialidade, e até carácter científico) uma tão complexa e matematizadora grelha de requisitos e sua ponderação que a subsunção lógica ulterior do júri necessariamente terá de recair no « eleito » ou na « eleita » previamente determinados.

Há assim, também, toda uma vigilância necessária contra os artifícios burocráticos que ludibriam a clareza de opções..

E mais vale, para certos cargos, abertamente considerar o seu carácter de nomeação ou de confiança, do que distorcer as regras do jogo.

X. Contra o abuso do poder e a corrupção, as Virtudes do amor ao diálogo, pluralismo, transparência, rigor, controlo e separação dos poderes

O gosto pela democracia, pela discussão serena e construtiva dos problemas, pela regra da maioria sem abafar as minorias, no mais são e convivente ***pluralismo***; a transparência do Estado e das próprias empresas,

mutatis mutandis, porque são pilares de grande poder, o poder económico, capaz até obrigar uma pessoa a vender-se (o que Rousseau formulou de forma muito impressiva[120]); o ***rigor*** no uso dos dinheiros públicos, jamais permitindo que alguns se sintam donos do tesouro público; o fervor pelo ***controlo*** de todos os poderes, e, antes do controlo, o amor à ***separação dos poderes***, forma de precoce evitar dos abusos, pelos freios e contrapesos, verdadeiro ponto fixo de Arquimedes da construção política republicana – todo o cultivar desta dedicação a estes princípios é virtude.

Embora concordemos que estas virtudes de apego e de desenvolvimento e vivência de aspectos do Estado Constitucional poderão chocar alguns rigoristas conceituais, que não estão de todo habituados a estas construções.

Evitar o poder de alguns e a licenciosidade de todos, de que fala Montesquieu, é alto objectivo moral e político. E é óbvio que quando falamos em rigor é em muito rigor que falamos: mas não no ***escrúpulo*** de uma consciência escrupulosa, que levaria ao uso não parcimonioso, mas avarento, dos dinheiros públicos. Como Oliveira Salazar, o qual, segundo se diz, pagava do seu ordenado de Presidente do Conselho de Ministros uma renda no Palácio oficial em que ***ex officio*** residia, mas deixou um país pobre, embora com os cofres cheios de oiro. Essa sim, consciência escrupulosa – vício do governante simétrico ao esbanjamento do dissipador...

XI. Contra o Complexo de Aquiles, Zenão

O nosso tempo anda depressa, mas à deriva. A nossa política e mesmo a nossa micro-política empresarial e institucional impõe-nos ritmos alucinantes, e sem qualquer sentido. É a pressa pela pressa. Por

120 J.-J. Rousseau, ***Du Contrat Social***, 1782, Capítulo IX: "[...] à l'égard de l'égalité, il ne faut pas entendre par ce mot que les degrés de puissance et de richesse soient absolument les mêmes, mais que, quant à la puissance, elle soit au-dessous de toute violence et ne s'exerce jamais qu'en vertu du rang et des lois, et quant à la richesse, que nul citoyen ne soit assez opulent pour en pouvoir acheter un autre, et nul assez pauvre pour être contraint de se vendre: ce qui suppose du côté des grands modération de biens et de crédit, et du côté des petits, modération d'avarice et de convoitise (...)".

isso, tenhamos calma, neste capítulo, e recuemos, com tempo, até à Grécia Antiga. Lá se encontra o nosso penúltimo antídoto: não ter pressa.

Zenão de Eleia (c. 490 a.C. – c. 425 a.C.) ganhou notoriedade no panorama filosófico por uma imagem que certamente alguns reconhecerão imediatamente: Aquiles e a Tartaruga.

A partir de uma concepção do mundo em que o espaço é infinitamente divisível, acabaria por concluir-se que mesmo o mítico herói Aquiles, lestíssimo, jamais poderia, em corrida, alcançar o pior dos seus hipotéticos competidores: uma tartaruga. É que quando alcançasse o ponto de onde a tartaruga partira, esta já se teria movido (ainda que muito lentamente) para outro ponto. E quando Aquiles tivesse chegado a esse novo ponto, já novamente ela aí não se encontraria. E assim por diante, numa infrutífera corrida sem fim.

Na nossa observação quotidiana, esta perspectiva não colhe. Basta fazer a experiência para vermos que a infinita divisibilidade do espaço não é obstáculo a que os Aquiles apanhem facilmente as tartarugas e largamente as ultrapassem. Do mesmo modo, algumas tartarugas alcançam, com paciência e perseverança, o passo das lebres. Contudo, no plano metafórico, Zenão, provavelmente sem o saber, prestou-nos um enorme serviço. E tem carradas de razão.

Uma das melhores panorâmicas de grande divulgação do pensamento filosófico de todos os tempos, e sumultaneamente diagnóstico da nossa encruzilhada civilizacional, é um dos últimos livros de Luc Ferry que assim retrata, a dado passo, esta nossa estulta maneira de viver de hoje (adapto da versão brasileira):

> [...] na competição globalizada que hoje põe todas as actividades humanas num permanente estado de concorrência, a história move-se longe da vontade dos homens. Ela torna-se uma espécie de fatalidade e nada indica com certeza que se oriente para o melhor. [...] os ídolos morreram: de facto, nenhum ideal inspira mais o

> curso do mundo, só existe a necessidade absoluta do movimento pelo movimento[121].

A tartaruga é um animal antigo, sábio, prudente. O Mestre Yoda da "Guerra das Estrelas" tem cara de tartaruga, e o "marciano" dos "Encontro Imediatos do Terceiro Grau" não andará longe disso, o que "provará" que o nosso imaginário deve fazer essa identificação. Aquiles é o herói da fúria (a proverbial "fúria de Aquiles") e do "calcanhar". Um simples calcanhar vulnerável perderá definitivamente Aquiles.

A sociedade contemporânea, de glorificação do sucesso pelo sucesso, da acção pela acção, da técnica pela técnica, da afirmação e da petulância pela afirmação e pela petulância é a estulta sociedade dos Aquiles. E os Aquiles querem sempre ultrapassar-se uns aos outros. Citemos de novo Luc Ferry:

> Nas empresas, mas também nos laboratórios científicos e nos centros de pesquisa, a necessidade de se comparar continuamente aos outros – o que hoje tem um nome bem feio: ***benchmarketing*** -, de aumentar a produtividade, de desenvolver os conhecimentos e, sobretudo, suas aplicações à indústria, à economia, em síntese, ao consumo, tornou-se um imperativo absolutamente vital. A economia moderna funciona como a selecção natural em Darwin: de acordo com uma lógica de competição globalizada, uma empresa que não progrida todos os dias é uma empresa simplesmente destinada à morte. Mas o progresso não tem outro fim além de si mesmo, ela não visa a nada além de se manter no páreo com outros concorrentes[122].

Esfalfamo-nos, odiamo-nos, traímo-nos, matamo-nos uns aos outros numa correria e numa sanha demenciais num concurso pelo nada. Em que sempre as tartarugas da marcha lenta, na perspectiva da Vida e dos Valores, levarão a melhor sobre os guerreiros e corredores Aquiles.

---

121 L. Ferry, ***Apprendre a vivre – Traité de philosophie à l'usage des jeunes generations***, 2006 [trad. port., ***Aprender a Viver – Filosofia para os Novos Tempos,*** Rio de Janeiro, Objetiva, 2007, p. 241].

122 ***Ibidem***, p. 247.

Poderão alguns dizer que as nossas empresas, organizações, países não sobreviverão se não se continuarem a lançar na desenfreada competição dos Aquiles e na confiscação do tempo aos trabalhadores, cada vez mais controlados por bips, telemóveis, videovigilância e correio electrónico, numa omnipresença do e no trabalho[123]. Há sempre outros modelos e outras soluções: não o esqueçamos nunca. Esse é o próprio princípio da Liberdade inerente à acção humana e tão frutuosa e imaginativas, até "mágica" no campo político. Mas mesmo que não fosse assim, ainda haveria que fazer uma fundamental distinção. Há grande diferença entre correr na ilusão agitada e insensata de que o esbracejar é a própria meta, e correr com a sabedoria de que se corre apenas por necessidade e nessa medida. Os que vivem alucinados com a correria julgam que correr é viver. Os que correm na medida do que é preciso, e só nessa medida, correm melhor e só eles realmente vivem. Não é realmente Aquiles que apanha a tartaruga. Só Zenão, e sem se levantar.

XII. Contra os Lobos, Pombas-Serpentes

Quem teve oportunidade de conversar com algumas pessoas inteligentes, cultas e com sensibilidade que exerceram cargos de chefia e hoje estão mais ou menos retirados, por vezes experimenta uma sensação curiosa. Sente-se em alguns desses vultos hoje menos activos politicamente uma busca de rigor, pureza, uma nostalgia da autenticidade, um culto da lealdade... uma demanda da veracidade e da amizade. Um ou outro tem confessado um desencanto enfadado com vértices das pirâmides, pena-

123 Cf., v.g., T. Ferriss, ***The 4-Hour Workweek***, trad,. port. de Inês de Castro, ***4 Horas por Semana. Tabalhar Menos, Produzir Mais***, Cruz Quebrada, Casa das Letras, 2008; Elaine St. James, ***100 Ways to slow down and enjoy the thingstThat really matter*** [trad. port. de Sofia Serra, ***Simplifique a sua Vida***, s.l., Oficina do Livro, Colecção Xis. Livros para Pensar, 2003]. Pode perguntar-se entretanto também se este tipo de obras, que abrem aos alcoólicos do trabalho perspectivas de saída do vício não serão mais que quimeras... E "escapes" consentidos no contexto geral de loucura hiper-ocupacional por parte de estratos urbanos e aculturados na cultura do eficientismo, do consumismo e do "sucesso". Porque, evidentemente, nem todos os nossos contemporâneos padecem desta doença: há ainda, pelo contrário, um conjunto muito significativo de ociosos e semi-ociosos (mesmo inseridos no mercado do trabalho), que, como é óbvio, nem sempre são os pobres... como pretende o cliché justificador de alguns.

chos e bastões: "quando vejo um figurão, desconfio logo". Ou, em clave simétrica: "como eu aprecio a boa gente humilde!". E não precisam, agora, de discursar, nem de lisonjear os fracos...

A leitura reiterada de Aristóteles leva-nos ao meio termo quanto à vida activa ou à vida contemplativa.

Não se trata apenas da acção política. Sabe-se que a aguda falta de dinheiro ou bens é doença grave, e não só nos não permite o ócio indispensável à felicidade, como, pelo contrário, nos obriga à servidão do labor subordinado. Já a abastança é contrária à diligência e à reflexão, e, naturalmente, à virtude em geral. No fundo, é o aforismo de Morais de Carvalho: nem luxo nem miséria.

E o poder? Agostinho da Silva, numa das suas cartinhas do convento, dizia tudo numa quadrinha: "Eu não quero ter poder/Mas apenas liberdade/P'ra dizer aos do poder/O que julgo ser verdade" (citamos de cor). Para quem busca a felicidade, o poder é nocivo. Um dia, um antigo ministro apontou-nos o Centro Cultural de Belém e revelou-nos a real e positiva sedução do poder: "Ali não havia nada – disse. E uma assinatura num papel fez crescer o Centro Cultural de Belém." Essa possibilidade de criar, de fazer coisas, e de fazer boas coisas, é a face positiva do Janus-poder, de que falava, classicamente, Maurice Duverger[124]. A outra, é a permanente querela, o fogo infernal da luta e da perfídia.

Há, assim, quem tenha que carregar o fardo do poder. É um sacrifício, realmente, para as ***boas pessoas*** (e sempre um perigo) e um prazer mórbido para as que o não são. Ao ponto de quase podermos distinguir entre uns e outros pelo gosto intrínseco que sentem no exercício do poder. Não falamos da política, que muitas vezes é questão de honra, de imperativo categórico. Falamos do mando. Quem gosta de mandar, quem sente prazer no mando, pelo mando... já sabemos que não mereceria tê-lo.

124 M. Duverger, ***Introduction à la politique***, Paris, Gallimard, 1963 [trad. port. M. Delgado, Introdução à Política, ed. esp., Lisboa, Estúdios Cor, 1977]; e M. Duverger, ***Janus, les deux faces de l'Occident***, Paris, Gallimard, 1962.

Finalmente, porque é que os bons não progridem? Como dizia Camões:

> ***Os bons vi sempre passar***
> ***no mundo graves tormentos;***
> ***e, para mais m'espantar,***
> ***os maus sempre vi nadar***
> ***em mar de contentamentos***

Sem querer invocar o síndrome do limão doce, cremos que será útil que sejamos mais objectivos. É verdade que os maus, pela sua falta de escrúpulos, atingem riquezas, prestígios, famas, poderes, que aparentemente os tornam felizes. Mas não só são por vezes punidos pela lei natural, uma espécie de efeito ***boomerang*** da própria natureza das coisas, como, não sendo desprovidos de consciência, provavelmente vivem remorsos devoradores. Além de que, mesmo que nada disto ocorra, hão-de certamente viver em sobressalto. Temendo ser roubados, exautorados, descobertos e traídos.

Os justos dormem, entretanto, o seu belo sono. Pode ser que nem sempre tal ocorra, porque lhes ronca o estômago vazio. Mas, àparte os casos mais clamorosos de miséria, os ***remediados, mas honrados*** têm a felicidade à mão. Ela começa pelo estar de bem consigo, poder ver-se ao espelho como pessoa honesta.

Ricos e poderosos querem arrastar todos para o seu inferno: prova de que não são felizes. E estão a convencer os outros de uma infelicidade que os demais não têm. Ninguém é infeliz por não ter muito: é-se danado por se ter, roubando aos outros. Ser-se boa pessoa será meio caminho para se ser feliz? Grave é que há pérfidos que se acham santos.

Só quando as ***boas pessoas*** saírem da sua menoridade e passividade e decidirem participar, cândidas como as pombas, mas sábias como as serpentes[125], é que as coisas começariam realmente a correr mal para a

125 Mt. X. 16: "ecce ego mitto vos sicut oves in medio luporum estote ergo prudentes sicut serpentes et simplices sicut columbae".

outra equipa, que em muitos casos joga sozinha no terreno do mando. Mas terão que ser muito prudentes, porque serão, afinal, como diz o Evangelho, ovelhas atiradas para o meio de lobos. É por isso muito compreensível que ovelhas e pombas não se aventurem... ou que, quando o façam, sem a protecção da serpente, o resultado seja trágico.

Acresce um problema: a falta de tempo. Os dias que correm não deixam tempo para respirar, quanto mais para participar cívica e politicamente! Então, essas pombas-serpentes terão também que tornar-se políticos profissionais? Não veríamos outra alternativa, no actual contexto, se a própria profissionalização da política não constituísse já um dos males essenciais desta. Mas se a alternativa passar por aí, a pomba terá que ser protegida pela serpente e ir em frente.

De qualquer forma, nenhum argumento e nenhum condicionalismo poderão constituir álibi para a passividade dos cidadãos. « La servitude commence toujours par le sommeil » (Montesquieu).

XIII. Para um Sistema de Virtudes Juspolíticas

De tudo o referido sobre as virtudes políticas e constitucionais, cremos poder recapitular, organizando categorias.

De um lado, e presidindo a todo o sistema de virtudes republicanas, estão as virtudes constitucionais, as quais, em geral, se podem sintetizar em tríades: Amor à ***Liberdade, à Igualdade e à Fraternidade***, como no mote da II República francesa, de 1848, ou ***Amor à Liberdade, à Igualdade e à Justiça***, como na Constituição Espanhola (com uma adjacência espúrea, cabível na Liberdade: o Pluralismo político[126]) etc... Estas virtudes são virtudes-valor, pois qualquer delas partilha dessa fundamental característica dos valores que é encher-nos as medidas de uma profunda e exaltante (ou pacificadora) plenitude, satisfação superior e desinteressada. De resto, os valores constitucionais são, efectivamente, não o amor a essas realidades

126 Cf., para maiores desenvolvimentos, P. Ferreira da Cunha, ***O Século de Antígona***, Coimbra, Almedina, 2003, p. 95 ss.

do espírito, mas essas mesmas realidades: Liberdade, Igualdade, Justiça, Fraternidade, Solidariedade, etc.

De outro lado, ramificam-se (e seria difícil, na verdade impossível, tipificá-los e compreendê-los completamente num ***numerus clausus*** taxativo) um vasto conjunto de virtudes políticas que actualizam e sedimentam, densificam, tornam reais e concretos essas virtudes-valor. E nesta categoria, a que chamamos virtude política, para distinguir bem da virtude constitucional, virtude-valor (virtude de devoção a um valor, e aos vários valores constitucionais superiores), deveremos distinguir aquelas que têm uma dimensão mais pessoal e as que possuem dimensão mais social. Também no âmbito das virtudes em geral existe a discussão sobre essa dimensão mais ou menos social (e socialmente benfazeja) de cada virtude[127]. Ora no domínio político é mais difícil operar a distinção, porque algumas virtudes privadas (não todas, nem de longe: veja-se o caso de Mirabeau, tão bem analisado por Ortega y Gassett[128]). Contudo, é certamente evidente que se pode ser um governante de boas contas e alguma rectidão moral rigorista e, em nome da ***raison d'état***, cometer-se as maiores barbaridades, mostrando desumanidade, falta de compaixão, etc. E ainda se pode ser recto nas contabilidades e até humano nas liberdades, e contudo não se possuir nenhuma sensibilidade social ou sequer sentido de modernidade, desenvolvimento (ou, pelo contrário, pode ser-se insensível à tradição, ao património, à História, à cultura). E outras combinações são, evidentemente, possíveis. Portanto, seríamos levados a considerar várias categorias de virtudes políticas:

Antes de mais, e como base de todas, como ***conditio sine qua non***, encontram-se as virtudes de ânimo, de carácter, de índole e preparação ou formação: como as de sabedoria e conhecimento, de instrução e sentido crítico, de coragem, determinação e perseverança. Essas são, claramente,

127 Cf., v.g., ***Ibidem***, p. 53.

128 J. Ortega y Gasset, ***Historia como Sistema – Mirabeau ou o Político*** [trad. port., Brasília, UnB, 1982].

virtudes pessoais ***tout court***, requisitos para a política. Só são consideráveis virtudes políticas porque na política se requerem.

A rectidão, honestidade, sobretudo no respeitante a uso de dinheiros e poderes que resultem em vantagens, sendo, obviamente, virtudes pessoais, têm já uma dimensão social evidente. Esse será o segundo grupo de virtudes. A incorruptibilidade política é essencial. Mas esse rigor não pode transportar-se das finanças para a esfera da política convivência e até afecto: os políticos incorruptíveis podem tornar-se Robespierres que matam e morrem nas guilhotinas da intolerância. Não que se deva ser menos honesto e rigoroso para se ser mais convivencial e tolerante. Mas que o implacável zelo pela coisa pública não contamine a necessária ductilidade, nomeadamente em matéria de convivência com a dissidência, a opinião contrária, a oposição. É muito comum que o "honesto", que se julga competente e eficaz, despreze de algum modo (até quase "inconscientemente") os outros e até os procure silenciar. Afinal, são impecilhos à sua missão (que por vezes se considera escatológica e até abençoada pelos poderes divinos, ou pela História, que também funciona como divindade, no caso). O segundo grupo de virtudes é, sobretudo, formado por virtudes de comedimento e restrição. Mais de non ***facere*** que de ***facere***.

E chegamos ao terceiro grupo de virtudes que se ligam, de algum modo, às virtudes-valores, em certos casos. O político tem de ser competente, honesto, mas também deve estar animado de sensibilidade social, verdadeiro amor à sua comunidade e ao seu concidadão. Deve ter visão de futuro, e conciliar a necessidade de progresso com as vantagens da tradição. Estas são virtudes activas, propulsivas.

Em suma: as virtudes de formação e carácter são, sobretudo, intrínsecas, as virtudes de honestidade e rectidão são fundamentalmente proibitivas, e as virtudes de acção política são por natureza perceptivas.

Ser apto, não prevaricar e bem agir – tal a síntese das sínteses das virtudes políticas.

A estas virtudes políticas "tradicionais", ou melhor, clássicas, deverão certamente juntar-se algumas outras, não especificamente políticas, mas que parecem indispensáveis para os nossos tempos.

Italo Calvino sintetizou algumas com muita erudição e ciência nas suas, infelizmente inacabadas, "Charles Eliot Norton Poetry Lectures".

A partir do nome em inglês que Calvino lhes atribuiu, daremos delas a nossa interpretação, não comprometendo o autor, que apenas é inspirador:

a) ***lightness*** (leveza, que também pensamos dever ser adaptabilidade, ductilidade, maleabilidade mentais),

b) ***quickness*** (rapidez, e também cremos que agilidade de espírito, com agudeza; embora com um "bom uso da lentidão", diríamos),

c) ***exactitude*** (exactidão, rigor, precisão),

d) ***visibility*** (visibilidade, que vai da necessidade de alguma exposição e publicidade, dada a profusão de solicitações, desde logo, até à transparência, e transparência institucional; mas procurando contrariar a sociedade do espectáculo),

e) ***multiplicity*** (multiplicidade, variedade, pluralismo, interdisciplinaridade...) e

f) ***consistency*** (coerência ou consitência – que tem de ser a argamassa de tudo, porque o futuro será muito carente de articulações, se não sobrevier um poder totalitário concentrador, e oxalá o consigamos evitar)[129].

Importa a final uma prevenção muito séria. Ela nos pode chegar da poesia: na « Carta aos Puros », de Vinícius de Moraes[130] encontramos

129 I. Calvino, Lezioni ***Americane – Sei proposte per il prossimo Milenio*** [trad. Port. J. Colaço Barreiros, ***Seis Propostas para o Próximo Milénio***, Lisboa, Teorema, 2002].

130 V. Moraes, "Carta aos Puros", ***Poesia Completa e Prosa***, org. de Alexei Bueno, Rio de Janeiro, Nova Aguilar, 1998, pp. 433-435.

uma enorme lição contra o perigo que nos assalta pela má compreensão da virtude. Nenhuma palavra está a mais neste poema. Ele nos alerta para um dos piores vícios que é a mania da pureza, da pureza na verdade impura porque exagerada, rígida, e tantas vezes petulante, hipócrita. Citemos apenas uma estrofe:

> ***"Ó vós, a quem os bons amam chamar de os Puros***
> ***E vos julgais os portadores da verdade***
> ***Quando nada mais sois, à luz da realidade,***
> ***Que os súcubos dos sentimentos mais escuros".***

Num tempo de líderes artificiais, salvadores produzidos pelos ***media***, e éticas postiças, moralidades encenadas e de pose, é importante distinguir o trigo do joio: uma coisa é a virtude cívica, republicana, de um Regulus ou de um Concinnatus, outra coisa é a pseudo-virtude dos retratados por Vinícius de Moraes, e mesmo a dos honestos, mas inflexíveis Robespierre. Entre o pouco virtuoso, mas dúctil Mirabeau e o muito virtuoso, mas inflexível Robespierre, quem escolher?

8. TRANSPARÊNCIA ADMINISTRATIVA E CORRUPÇÃO: Um olhar sobre os direitos fundamentais sociais[131*]

Maria Goretti Dal Bosco[132**]

Introdução

> O homem, e, de uma maneira geral, todo o ser racional, **existe** como fim em si mesmo, **não só como meio** para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim"
> (I. Kant, ***Fundamentação Metafísica dos Costumes***).

O presente trabalho tem dois objetivos: o primeiro, discutir a corrupção na administração pública, avaliando uma de suas principais causas, a ausência de transparência na prática das atividades administrativas, especialmente as que dizem respeito à aplicação dos recursos públicos; o segundo objetivo está voltado à avaliação dos prejuízos causados pela corrupção ao desenvolvimento do País e suas consequências na supressão de direitos fundamentais sociais.

O estudo está estruturado em três partes: a primeira avalia a corrupção no tempo, abordando sua concepção histórica e a sua evolução através dos tempos; a segunda discute as ligações entre a ausência de transparência na administração pública e o crescimento da corrupção nas atividades públicas; e a terceira, e última, aborda os efeitos da corrupção

131* O texto original foi apresentado em palestra durante o VI Congresso de Direito Constitucional e Cidadania, realizado em Londrina-PR, em 25-27 de março de 2009.

132** Doutora em Direito (UFSC). Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD) e Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS).

sobre o desenvolvimento do País e como fator de supressão dos direitos fundamentais sociais.

1. Corrupção e administração pública

O fenômeno da corrupção remonta aos estudos da filosofia grega e romana, mas ainda que seja um problema antigo, não alcançou em outros tempos a repercussão que vem merecendo nas últimas décadas por parte de estudiosos, governos, meios de comunicação e da própria sociedade civil. Ainda que exista nas organizações particulares, a corrupção parece ser um problema de governo e exige a ação racional de burocratas aparelhados com um poder de monopólio acerca de bens ou serviços públicos oferecidos à coletividade, ou ainda, que detêm poder discricionário para decidir questões que se refletem na renda de grupos na sociedade civil[133].

Para discutir as questões que envolvem o vínculo pernicioso entre a prática de corrupção e as estruturas da administração pública, assim como os seus efeitos, é necessário estabelecer uma ponte com o passado, em busca das origens desse fenômeno.

1.1. Antecedentes da corrupção

A palavra corrupção origina-se do latim ***corruptio***, ou ***corruptionis***, cujo significado, nos séculos I e II, surgia da junção dos termos ***cum*** e ***rumpo***, do verbo romper, indicando rompimento total de algo, quebra do todo. Em resumo, o termo ***corruptionis*** significava a ruptura das estruturas, a destruição dos fundamentos de alguma coisa[134]. Durante muito tempo, a corrupção esteve ligada ao desgaste natural do corpo vivo, de forma contínua ou a fases desse processo. A ação atingiria as estruturas

133 A. Carraro, ***Ensaio sobre os impactos econômicos da corrupção***, Tese de doutorado, UFRGS, Resumo.
134 J.A. Martins, ***Corrupção***, Coleção Filosofia frente e verso, São Paulo, Globo, 2008, p. 12.

básicas de um organismo humano, atingindo primeiro as partes e depois o todo, até causar-lhe a morte[135].

Os primeiros estudos sobre corrupção pertencem aos filósofos gregos antigos, que a situaram num contexto biológico. Parmênides, Heráclito, Platão, Aristóteles e outros, concluíram que havia uma regularidade e constância do fenômeno em todos os seres vivos, com o nascimento, o crescimento, a degeneração e a morte. A sequência disso foi o entendimento de que os entes políticos (cidades, na época) podem ser considerados também corpos naturais. Quando esses entes começam a se desviar dos primeiros princípios, se instala a corrupção[136].

1.2. Corrupção moral e corrupção política

A corrupção pode ter raízes morais ou raízes políticas. No âmbito da administração pública, ainda que boa parte dos autores trate a corrupção com origens morais[137], há uma tese de que é um fenômeno de características políticas, mais ligado à forma de governo estabelecida, nos moldes do pensamento aristotélico de que quanto menos participação política se der ao povo, maior facilidade terá a corrupção de se instalar nas estruturas do Estado[138]. Já a corrupção moral seria uma característica humana, ligada ao comportamento do homem em suas atividades habituais e que se estenderia à atuação administrativa. De qualquer forma, Maquiavel já recomendava que o príncipe tivesse "[...] poucas despesas, de modo a não se ver forçado a roubar seus súditos; para poder defender-se; para não empobrecer, tornando-se desprezível [...]"[139], enquanto Aristóteles afirma-

135 J.A. Martins, ***Corrupção***, ***Op. Cit.***, p.13.

136 J.A. Martins, ***Corrupção, op. cit.***, pp. 13-14.

137 Por todos, M. Hauriou, ***Princípios de derecho público y constitucional***, Trad./notas C.R. Castillo, Granada, ES, Comares, 2003, p. 138.

138 J.A. Martins, ***Corrupção, op. cit.***, p. 70.

139 N. Maquiavel, O príncipe/Escritos políticos, trad. O. Bauduh, São Paulo, Nova Cultural, 2000, p. 102.

va que "[...] a vida virtuosa é, na verdade, a principal finalidade do Estado, tanto corporativa quanto individualmente [...]"[140].

1.2.1. Moralidade e administração pública

Do ponto de vista filosófico, em sentido amplo, a moral é considerada sinônimo de ética, teoria dos valores que regem a ação ou a conduta humana, com caráter normativo ou prescritivo. Do ponto de vista estrito, estes seriam os costumes, valores e normas de conduta específicos de uma sociedade ou cultura. Da mesma forma, a moralidade é considerada "[...] qualidade de um indivíduo ou ato considerado quanto a sua relação com princípios e valores morais", ou um conjunto de valores e princípios morais de uma sociedade[141].

Norberto Bobbio[142] constrói sua própria máxima acerca da conexão entre política e moral, afirmando que a conduta dos homens públicos é orientada por "[...] regras de prudência, entendidas como aquelas das quais não deriva um dever incondicional que prescinda de qualquer consideração da situação e do fim", mas um dever a ser observado tão somente quando ocorrer a condição aventada, ou em busca de um fim determinado[143]. A ilustração dessa máxima, afirma o autor, pode ser feita com uma frase de Kant: "A política diz: 'sede como as serpentes'; e a moral acrescenta (como condição limitadora): 'e simples como as pombas'"[144].

No âmbito da administração pública, a moralidade tem raízes no direito francês, na teoria de Maurice Hauriou[145], a partir de uma decisão do Conselho de Estado (caso Gommel, Sirey, 1917, III, 25) cuja tese foi além da fiscalização dos atos administrativos no que se refere à legalidade, pois,

140 Aristóteles, Política, trad. T.M. Deutsch/B. Abrão, Coleção Os pensadores, São Paulo, Nova Cultural, 1999, p. 222.

141 H. Japiassú & D. Marcondes, Dicionário básico de filosofia, 3. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1996, pp. 187-188.

142 N. Bobbio, Teoria geral da política, org. M. Bovero, trad. D.B. Versiani, 9. tir., Rio de Janeiro, Elsevier, 2000, p. 199.

143 N. Bobbio, Teoria geral da política, op. cit., p. 199.

144 I. Kant apud N. Bobbio, Teoria geral da política, op. cit., pp. 199-200.

145 M. Hauriou, Princípios de derecho público y constitucional, op. cit., p. 138.

além de não violar a lei, estes deveriam adequar-se aos princípios da boa administração, cuja zona de avaliação é a moralidade administrativa, passível de apreciação judicial pelo recurso do desvio de poder. A moralidade administrativa seria, assim, o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração, o que, para o autor, envolve saber a distinção entre o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto[146].

Desse modo, na administração pública, a moralidade pode ser vista como uma qualidade genérica da administração satisfatória, que encerra a ideia de um conjunto de exigências da atividade pública, como o respeito à igualdade, à dignidade, à eficiência dos meios e dos fins, o atendimento ao interesse geral, que se sobrepõe aos interesses particulares. Mas, ainda que a moralidade seja exigência inerente à atividade administrativa, seu desrespeito nem sempre pode ser analisado com facilidade, por ser considerado, também, um conceito jurídico indeterminado. Logo, tomando-se a moral enquanto valor que integra o Direito, numa relação com a ética e com o poder, como afirma Peces-Barba[147], ela está entre os deveres a serem exercidos pelos titulares de cargos públicos.

A Constituição Federal adotou o princípio da moralidade como orientador da administração pública (art. 37, ***caput***).

1.2.2. Corrupção como prática imoral e política

A associação da corrupção como prática que contraria a moralidade tem suas origens na decadência do Império Romano, quando uma série de barbarismos (fratricídios, parricídios, orgias, bacanais, abortos em massa, pederastia, homossexualismo, adultério e outras promiscuidades) foi atribuída à corrupção moral da sociedade, em tão alto grau que foi capaz de destruí-la. Ainda hoje, boa parte dos estudos sobre moralidade

146 M. Hauriou, ***Princípios de derecho público y constitucional, op. cit.***, p. 138.

147 G. Perces-Barba, ***Ética, poder y derecho – Reflexiones ante el fin del siglo***, México, Fontamara, 2000, pp. 76-77.

afirma que a corrupção é eminentemente moral, e essa visão está de perto relacionada com a inversão das relações entre ética e política. Isso cria a ideia de que o valor principal para avaliar a corrupção é a qualidade ética e moral do indivíduo[148].

Nesse sentido, são esclarecedoras as teses de José Antônio Martins[149], de que existem duas maneiras de interpretar a corrupção: uma leitura moralista, na qual há uma decadência das virtudes do indivíduo, e outra, que a compreende enquanto resultado das regras próprias do mundo político, sem estar necessariamente ligada às qualidades morais do indivíduo. E, nesta segunda acepção, a corrupção política de uma administração se relaciona com a fraqueza de suas instituições políticas e à falta de preocupação do cidadão com as coisas públicas.

Diz o autor que a corrupção, desse modo, estaria mais ligada às formas de governo do que à formação moral dos que o exercem. O primeiro ensaio a respeito pode ser do filósofo grego Platão (nas obras A República e Leis) que classificou em seis as formas de governo a partir do número de governantes: um governante, monarquia; alguns governantes, aristocracia; muitos governantes, democracia. Cada uma delas poderia ser boa ou má conforme fosse o desempenho dos titulares do poder[150].

Segundo esse raciocínio, a monarquia seria uma boa forma caso se voltasse ao benefício do povo; e tirania, quando o governante procurasse atender apenas a seus desejos pessoais; a aristocracia se caracterizava pelo bom governo, destinado ao povo, mas se transformava em oligarquia quando atendesse apenas aos interesses do aristocrata do poder; a democracia poderia ser considerada bom governo, quando a atuação dos governantes se voltasse ao povo; e se transformaria em anarquia, caso ele usasse o poder apenas para seus interesses. Isso faria existir um ciclo político de mudança de formas de governo, até que o poder fosse novamente ocu-

148 J.A. Martins, Corrupção, op. cit., pp. 17-22.

149 J.A. Martins, ***Corrupção, op. cit.***, pp. 23-24.

150 J.A. Martins, ***Corrupção, op. cit.***, pp. 26.

pado por um monarca. A ordem dos regimes seria estabelecida por regras da natureza, ou, physis, como definiram os filósofos pré-socráticos[151].

Aristóteles (***Política***) aperfeiçoa essa teoria e afirma que nunca poderia um governo adotar uma única forma, mas sim, um misto de todas elas, que tomasse o que de melhor havia em cada uma, criando-se uma forma mais resistente à corrupção. Assim, o governo deveria ter um chefe do executivo (característica da monarquia); uma assembleia de homens destacados para fazer as leis (aristocracia); e em momentos importantes, todos os cidadãos deveriam ser chamados a decidir uma questão (característica da democracia).

Esse modelo faria com que uns fossem controlados e fiscalizados por outros. Logo, a forma mista de governo foi a primeira solução política para combater a corrupção. Dessa formulação, surgiu entre os gregos e romanos a noção de república (***res publica***, no latim, ou, aquilo que é de todos), que orientou os primeiros governantes das cidades gregas e romanas. E até os dias atuais a essência da criação de Aristóteles compõe a base dos governos republicanos.

Diante disso, se a corrupção tem caráter político, afirma Martins[152], as armas para combatê-la são também de caráter político. Nesse raciocínio, atribuir as práticas de corrupção a um ente coletivo sem apuração da autoria, é o caminho mais curto para a impunidade. Logo, os principais sintomas da presença da corrupção numa instituição são: atitude passiva diante dos desvios de conduta praticados por seus membros; não cumprimento da finalidade pública fixada pelo Estado; e o atendimento a interesses privados. E quando essas práticas se tornam comuns, tem-se a lógica da corrupção naquela instituição.

A solução para essa lógica de corrupção passa por algumas soluções: a) apuração e punição rigorosa dos envolvidos; b) reforço do espírito republicano entre a coletividade, a consciência da ***res publica***, daquilo que

151 J.A. Martins, ***Corrupção, op. cit***. pp. 26-28.

152 J.A. Martins, ***Corrupção, op. cit.***, pp. 35.

é de todos; e c) incremento à participação popular nas decisões do poder e o consequente acompanhamento das ações desse mesmo poder. Como fazer com que a participação dos cidadãos seja efetiva é um problema um pouco maior e depende das lutas políticas pelo poder. A participação direta na vida política, ensina o autor, nos termos da teoria de Maquiavel, da experiência da cidade de Florença, na Itália – em que mais de três mil cidadãos eram obrigados a participar de cada mandato do governo republicano, o que representava cerca de dez por cento dos habitantes, prática que melhorou muito a cidade e a transformou numa das mais ricas e importantes da época – é fundamental para reduzir a corrupção e melhorar a qualidade das administrações[153].

2. Corrupção e transparência administrativa

O fenômeno da corrupção, como queria Maquiavel, tem estreitas ligações com a forma de governo adotada pelos Estados. Quanto menor for a participação dos administrados, maiores e mais numerosas serão as oportunidades de prática da corrupção por parte da administração pública. Mas a participação dos administrados é dificultada não apenas pelos modelos de governo adotados, mas, também, pela falta de acesso às informações que estimulam e abrem caminhos à participação popular. No caso brasileiro, a Constituição Federal adotou o princípio da publicidade para os atos administrativos (art. 37, ***caput***) como orientador da Administração. Entretanto, a visibilidade das práticas administrativas, com a exigência da publicidade – que acaba confundida com a simples publicação em meios não acessíveis à grande maioria da população – das medidas de gestão dos recursos públicos à população, não tem sido suficiente para tornar a Administração transparente, o que acaba por favorecer a baixa participação dos administrados nas decisões dos governos. É o germe para o surgimento e disseminação da corrupção.

153 J.A. Martins, ***Corrupção, op. cit.***.

2.1. Princípios de direito e administração pública

A discussão sobre a normatividade dos princípios de Direito é tema superado na doutrina, permanecendo a discussão, ainda, apenas no que se refere à distinção daqueles com as regras jurídicas. E há autores que vêem, na atualidade, um acordo amplo, ainda que sob definições e termos diversos, a respeito da natureza jurídica dos princípios, como uma classe de normas jurídicas, e dos princípios morais como uma classe de normas morais[154], ou, na construção de Atienza, afirmando que, em sentido estrito, os princípios podem ser considerados enquanto enunciados que relacionam casos com soluções: assim, os princípios configuram o caso de forma aberta, e as regras realizam a mesma ação de forma fechada.

Dworkin[155] parte da máxima de que a distinção entre regras e princípios é lógica, pois, ainda que princípios e regras sejam ***standards*** que apontam para decisões particulares ligadas à obrigação jurídica em determinadas circunstâncias, diferenciam-se no caráter da orientação que oferecem. Assim, se os fatos prescritos por uma norma estão colocados, ou bem se diz que é válida a norma ou que não é, e isso não acrescenta nada à decisão. No caso dos princípios, mesmo quando um princípio não prevaleça, por força da existência de outro aplicável, isso não implica em que não permaneça no sistema jurídico, o mesmo ocorrendo em relação ao peso de ambos: no caso dos princípios, pode-se deparar com mais de um e considerar-se que há níveis de importância entre eles, o que não se aplicará às normas, pois não se compreende uma norma mais importante que outra dentro do sistema.

No campo da atividade da administração pública, conceitos constitucionais como interesse geral, Estado social, eficácia administrativa, que têm motivado a produção dos autores de direito público, impõem a necessidade de que a atuação da Administração esteja voltada para o aten-

154 P. Comanducci, ***Princípios jurídicos e indeterminación del derecho***, Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante-ES, n. 21, v. 2, 1998, pp. 89-104.

155 R. Dworkin, ***Los derechos en serio***, 3. reimp., trad. M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 74-78.

dimento das necessidades de interesse geral e, portanto, com o significado de princípio de cumprimento obrigatório.

Cada vez mais, observa-se o surgimento de novos princípios impositivos que impõem outras obrigações ao poder público, além das atuais, acompanhando as mudanças da sociedade. Assim, podem-se ver princípios como o da eficiência, contemplado em ordenamentos constitucionais das últimas duas décadas, os quais, ainda que presentes no sistema normativo antigo de alguns países, somente em tempos recentes ganharam maior repercussão e aplicabilidade, justamente em função do aperfeiçoamento de mecanismos de participação dos administrados e do aumento do nível de exigência destes em relação à prestação dos serviços públicos.

2.2. Insuficiência do princípio da publicidade na CF/ 88

A falta de informação é um dos graves entraves à participação das comunidades nas administrações públicas nos países latino-americanos, ainda que alguns Estados tenham feito progressos na administração de investimentos em tecnologias de informação e de comunicações (TIC). Segundo dados da CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e Caribe), a realidade da região neste aspecto tem feito progressos nos últimos anos, especialmente, no setor público, ainda que os investimentos estejam muito aquém daqueles empregados no setor em países desenvolvidos. Nestes países, os investimentos chegam a 2.500 dólares ***per capita***. Se fosse respeitado o mesmo índice na América Latina, onde a renda anual não passa de 3.300 dólares ***per capita***, seriam investidos 75% somente em tecnologias de informação, situação inviável para a população da região.[156]

156 CEPAL / ONU – Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Organización de las Naciones Unidas, ***Politicas públicas para el desarrollo de sociedades de información en América Latina y el Caribe***. Santiago-Chile, 2005, pp. 15-16

O Brasil apresentou avanços nessa área nos últimos anos, mas nada que represente melhoria significativa para as classes mais baixas. A média brasileira é de 31 computadores para cada mil habitantes, enquanto no Canadá esse número é de 416; nos Estados Unidos, 370; na França, 152; na Espanha, 70; no México, 52, e na Argentina, 41. No total, 11,7% dos domicílios brasileiros têm computador, contudo apenas dez por cento conseguem acesso à rede mundial de computadores, e desses, apenas nove por cento pertencem às classes pobres[157].

A gravidade desse dado se relaciona diretamente com a dificuldade de acesso à informação sobre as atividades da administração pública, boa parte delas divulgadas através da Internet. A publicidade dos atos administrativos se dá principalmente pelo Diário Oficial, em todos os níveis de governo, e apenas aquilo que é de interesse do Governo merece destaque na publicidade oficial. O papel que a mídia exerce nem sempre alcança as atividades que consomem grande parte dos recursos, como as políticas públicas, por exemplo.

Além da dificuldade de acesso às informações, é necessário acrescentar que as que chegam ao público nem sempre estão claras, acessíveis, na medida da compreensão de uma faixa significativa da população, especialmente a de menor poder aquisitivo. Isso mostra a insuficiência da existência do princípio da publicidade na Carta Constitucional, responsável por uma visão isolada desse requisito como integrante da validade, ou da eficácia do ato administrativo, o que distancia a discussão da representatividade da transparência como fator de legitimidade formal e material da administração pública[158].

Assim, apenas a publicidade dos atos não alcança a compreensão dos administrados, para o que seria necessária uma amplitude muito maior não apenas do acesso às informações, mas da clareza dos dados repassa-

157 ***Folha de S.Paulo***, Computador está presente em 11,7% dos domicílios brasileiros, 20.01.2005. Disponível em <www.folhaonline.com.br.> Acesso: 20.11.2008.

158 W.P. Martins Jr., ***Transparência administrativa: Publicidade, motivação e participação popular***, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 2.

dos à população, de forma a que possam ser efetivamente compreendidos por ela. E isto só poderia ser alcançado caso a Administração devesse não apenas ser pública, mas, também, tornar suas atividades transparentes.

2.3. Estrutura do princípio da transparência administrativa

Adotar a transparência na Administração, como ensina Wallace Martins Junior[159], significa romper com o "modelo de Administração formalista, burocrático, distante e isolado", para atender "às aspirações de legitimidade material decorrente do Estado Democrático de Direito", de modo a estruturar uma "Administração mais aberta, próxima, racional e responsável".

Na esteira da construção de Canotilho[160], existem princípios estruturantes (princípio do Estado Democrático de Direito, princípio democrático e princípio federativo), subprincípios (subdivididos em princípios constitucionais gerais – isonomia, dignidade da pessoa humana – e princípios constitucionais especiais – isonomia entre os sexos – de modo escalonado e progressivo) e regras, que compõem a Constituição. Em escala decrescente, o princípio constitucional especial dá densidade ao princípio constitucional geral, enquanto o princípio fundamental geral, na qualidade de subprincípio, concretiza o princípio fundamental estruturante[161].

Assim, a transparência administrativa se localiza como princípio inerente ao princípio democrático e se liga à ideia do Estado Democrático de Direito, como expressão da finalidade e do valor expressados pelos subprincípios da publicidade, da motivação e da participação popular, considerados, desse modo. O Estado Democrático de Direito, portanto,

159 W.P. Martins Jr., ***Transparência administrativa, op. cit.***, p. 3.

160 J.J.G. Canotilho, ***Direito constitucional e teoria da Constituição***, 3. ed., Coimbra, Almedina, 1999, p. 1.089 e ss.

161 W.P. Martins Jr., ***Transparência administrativa, op. cit.***, pp. 16-17.

tem como um de seus pilares a transparência administrativa, que está ainda na base da moderna administração pública[162].

Como subprincípio da transparência, a publicidade dos atos da Administração é fator fundamental porque, em última análise, proporciona ao administrado a possibilidade de defender-se de atitudes do Poder Público que possam lhe causar prejuízos, além de assegurar a certeza das atitudes administrativas. Quando facilita o conhecimento e o acesso dos destinatários das condutas públicas, a publicidade abre caminho para a visibilidade de funções mais complexas, funcionando como primeira etapa da transparência administrativa[163].

A motivação compõe a transparência administrativa à medida em que torna conhecidas, pela publicidade, clara e objetiva, as razões das medidas administrativas e as intenções do Poder na gestão dos recursos públicos. Da mesma forma que a publicidade é instrumento de defesa do administrado, nos seus interesses particulares atingidos pela Administração e no interesse de toda coletividade, que pode ser preservado através dos instrumentos processuais do ordenamento jurídico, como a ação popular ou as ações civis públicas.

A transparência não é mecanismo de participação do administrado, mas, ao contrário, a proximidade do cidadão das decisões da Administração é que se converte em fator de transparência, pelo acompanhamento das ações, com a consequente fiscalização de fatores como legalidade, moralidade, impessoalidade e eficiência, entre outros[164]. Participando, o administrado adentra aos intrincados mecanismos de decisão utilizados pela administração pública e tem a possibilidade de atuar na redução dos investimentos equivocados, dos desvios de finalidade e da ineficiência da máquina pública, responsáveis por um volume considerável de prejuízos ao Erário.

162 W.P. Martins Jr., ***Transparência administrativa, op. cit.***, pp. 16-17.
163 W.P. Martins Jr., ***Transparência administrativa, op. cit.***, p. 19.
164 W.P. Martins Jr., ***Transparência administrativa, op. cit.***, p. 21.

Um simples manual de informações destinado aos administrados para esclarecê-los sobre seus direitos e os mecanismos para acessar os diversos serviços e procedimentos para a garantia daqueles direitos, poderia ser uma contribuição significativa para reduzir as possibilidades de corrupção[165]. Outras providências também podem ser de grande utilidade, como a divulgação sistemática dos programas de investimentos e de gastos, ou a definição de políticas públicas por meio de assembleias populares que reúnam as representações da comunidade, como sindicatos e associações de bairros.

2.4. Participação popular e corrupção

As sociedades capitalistas, especialmente nos países centrais, de modo geral, não são exemplos de participação popular. Para reduzir a tensão entre democracia e capitalismo, deram prioridade à acumulação de capital em relação à redistribuição social e limitaram a participação popular, tanto de forma individual quanto coletiva, sob o argumento de que não poderiam sobrecarregar demais o regime democrático por exigências sociais que pudessem colocar em risco a acumulação de capitais sobre a redistribuição[166]. A participação popular se restringe à escolha de governos, em muitos casos, mas as eleições não são livres. Em outros países, os regimes são frutos de golpes militares que tentam ganhar legitimidade através de pseudo-eleições democráticas.

Mesmo nos países adiantados, a democracia indireta não anima as populações. As últimas eleições para o Parlamento Europeu, por exemplo, em julho de 2005, foram decepcionantes do ponto de vista da participação popular: mais de 44% dos eleitores se abstiveram de votar, segundo publicou a imprensa internacional, mesmo com a então recente entrada de

165 M.N. Garcia, "Corrupção e direito administrativo", in W. Speck (org.), ***Caminhos da transparência***, Campinas, SP, Unicamp, 2002, pp. 51-71.

166 L. Avritzer, "Introdução: Para ampliar o cânone democrático", in B.S. Santos (org.), ***Democratizar a democracia***, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002, p. 59.

dez novos países, os quais votavam pela primeira vez para escolher seus representantes na União.

Nos sistemas democráticos podem ser encontradas inúmeras formas de participação e controle da sociedade na administração pública. Nas democracias semi-diretas, regime praticado na grande maioria dos países do mundo, além da escolha dos representantes, do referendo, do veto popular, dos conselhos econômicos e sociais, e das comissões que incluem representantes diretos da população e atuam em diversos assuntos da administração pública, como meio ambiente e direitos dos consumidores, pode ser encontrada a instituição do ***ombudsman***, ou ouvidor, que atua como espécie de mediador entre as necessidades da população e os governantes.

A Constituição brasileira adota a democracia semi-direta, prevendo a escolha de representantes do povo para o Legislativo e Executivo, através de eleições livres e periódicas, e a participação direta dos administrados, por meio do plebiscito, referendo e iniciativa popular de leis (CF, art. 14). Dos quatro mecanismos previstos na Carta, apenas o voto tem sido exercitado regularmente pela Nação, uma vez que o plebiscito e o referendo são reservados para matérias de alta relevância, conforme regulamentação em lei ordinária. O primeiro referendo no País, depois da Constituição de 1988, realizou-se no mês de outubro de 2005 para decidir sobre a proibição da venda de armas no País. A consulta visava referendar o Estatuto do Desarmamento, já aprovado pelo Legislativo.

A iniciativa popular de leis, prevista no art. 61, parágrafo 2º, da Constituição, prevê que ela pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei "[...] subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles". As exigências, por si só, são limitadoras do direito de exercício da iniciativa. Além disso, o art. 13, parágrafo 2º, da Lei n. 9.709/98, que regulamentou a matéria, prevê que o projeto de iniciativa popular "[...] **não poderá ser rejeitado por vício de forma**, cabendo

à Câmara dos Deputados, por seu órgão competente, providenciar a correção de eventuais impropriedades de técnica legislativa ou de redação".

O texto do parágrafo 2º dá a ideia de que há obrigatoriedade de apreciação, pelo órgão legislador, mas não define prazo para isso, o que leva muitos projetos encaminhados à Câmara, a ali permanecerem, por muitos anos, aguardando apreciação. Nos 20 anos, desde a aprovação da Constituição, o primeiro projeto de lei nascido de iniciativa popular foi aprovado em maio de 2005, pelo Senado da República, depois de 14 anos de tramitação, criando o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) e regulamentando o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS). Além disso, outros dispositivos da Carta e leis esparsas prevêem a participação através de conselhos paritários e de audiências públicas. Esta participação direta, todavia, é extremamente reduzida, e mal conduzida.

Em verdade, sem a cooperação dos cidadãos, dificilmente haverá um final para a onda de corrupção que afeta as administrações em todo o mundo. É uma questão de conscientização social e, por isso, a moralidade é um dos princípios de maior dificuldade de concretização na prática da administração pública[167]. A participação do administrado e a cobrança contínua dos ideais da boa administração podem produzir mais e melhores resultados do que a grande maioria dos sistemas de controle das administrações que se conhece, pois onde há transparência satisfatória dos atos da Administração e cidadãos participantes, a corrupção tem menores chances de ocorrer.

2.5. Corrupção no Brasil

O fenômeno da corrupção no Brasil, nas últimas décadas, tem-se se exacerbado, principalmente, em função dos numerosos escândalos em

167 M. Figueiredo (coord.); M.N. Garcia "Corrupção e direito administrativo", ***in*** B.W. Speck (org.), ***Caminhos da transparência, Campinas***, SP, Unicamp, 2002, pp. 51-71.

que se envolveram membros do alto escalão do governo Federal e do Congresso Nacional. O governo foi acusado de patrocinar mesadas para parlamentares, batizadas de "mensalão", em troca de adesão às propostas do Executivo, comandado pelo Partido dos Trabalhadores. Um levantamento realizado pela organização não governamental ***Transparency International***[168], sobre o índice de percepção da corrupção, em 2008, em 180 países do mundo, no qual a escala menor é zero e a mais alta é dez, mostra que o Brasil figura em 80ª posição, com o índice de 3,5 pontos, ficando em pior situação que países como Gabão, Nicarágua, Guatemala e Mongólia, entre outros.

O Brasil é signatário da Convenção contra a Corrupção, adotada em 1996, pelos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), e ratificada pelo Congresso Nacional brasileiro somente em junho de 2002. Esse instrumento criminaliza o suborno em negócios internacionais. Mas no plano interno, o compromisso não tem efeitos concretos. O País não integra a organização internacional. O Banco Mundial exige que as regras de transparência e controle de corrupção sejam claramente cumpridas para liberar financiamentos aos países para obras de infraestrutura.

A avaliação dos desvios de dinheiros públicos é uma tarefa muito difícil de realizar no Brasil por várias razões, a principal delas, exatamente a falta de transparência na aplicação dos recursos por parte dos Governos, em todos os níveis. O professor Alex Dreher[169], do Centro de Pesquisas de Conjuntura, do Instituto Econômico Suíço, calcula que os desvios de recursos públicos consumidos em atos de corrupção no Brasil chegam a R$ 1,5 bilhão por ano em perdas indiretas. Isso não engloba os valores envolvidos em outros tipos de desvios especialmente no pagamento de propinas nas negociações entre o governo e empresas, e com particulares.

168 ***TRANSPARENCY INTERNATIONAL 2008CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX***. Disponível em: <www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2008>. Acesso: 16.03.2009.

169 Cf. P.C. Melo, "Estudo avalia que Brasil perde 1,5 bi por ano com corrupção", ***O Estado de São Paulo***, 25.05.2007. Disponível em: <www.ae.com.br>. Acesso: 21.03.2009.

São recursos que deixam de ser gerados em função da corrupção sobre investimentos, gastos do Governo, inflação, educação, entre outros. Esses valores seriam suficientes para consertar os buracos de pelo menos quatro mil quilômetros de estradas em todo o País. De acordo com os cálculos feitos pelo especialista, o Brasil perde por ano, em média, 0,08% do PIB por causa de custos indiretos da corrupção (em valores de 2006, US$ 715 milhões). Em PIB ***per capita***, o País deixa de ganhar 270 milhões de dólares todos os anos. Para seu estudo, Dreher utilizou os índices de corrupção entre 1984 e 2006 e calcula as perdas todo ano em que o País supera a média mundial de corrupção. O especialista ressalva que os números podem sofrer variações, pelo uso de índices diferentes e a consideração da outras variáveis[170].

Os dados são mais graves quando se sabe que apenas parte da corrupção é detectada, conforme o diretor-executivo da ONG Transparência Brasil, Claudio Weber Abramo, para quem é impossível estimar o desperdício envolvido nem mesmo naqueles casos que são apurados. Segundo Daniel Kaufman, diretor do Instituto Banco Mundial e um estudioso do assunto, não há sinais de que a corrupção tenha diminuído no Brasil nos últimos dez anos, embora haja melhoras pontuais, como em telefonia e energia[171].

Alguns estudos, como o último realizado pela organização não governamental ***International Budget Partnership*** (IBP), afirmam que a demora na reforma do Código de Processo Penal ou o excesso de cargos comissionados no Executivo federal, e seus efeitos mais diretos no governo, são fatores citados entre as causas de uma perda anual nos cofres públicos estimada em R$ 9,6 bilhões por conta da corrupção no país[172]. Um outro estudo realizado sobre o impacto econômico da corrupção

170 Cf. P.C. Melo, "Estudo avalia que Brasil...", ***op. cit.***

171 Cf. P.C. Melo, "Estudo avalia que Brasil...", ***op. cit.***

172 K. Correia, "Custo da corrupção no Brasil alcança R$ 10 bilhões ao ano", ***Gazeta Mercantil***, 25.02.2009, Caderno A, p. 08.

apontou como causas incentivadoras da corrupção na relação do Estado com a sociedade, o fechamento comercial do país, a expansão dos gastos do governo e a prática de política industrial ativa, com a elevação dos impostos de importação. Mais do que isso, afirma o autor do trabalho, André Carraro[173], "a aplicação de um modelo de equilíbrio geral com corrupção endógena possibilitou a obtenção de um valor para o volume de recursos envolvidos com corrupção no Brasil, em torno de 12% do PIB".

No Brasil, o único trabalho sobre as estimativas do impacto da corrupção na economia é uma pesquisa, do ano de 2001, realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP), cujos resultados estimaram custo de seis mil reais ***per capita*** no País, em 1998, o que significa que o fenômeno custa cerca de 68% do Produto Interno Bruto (PIB)[174].

A corrupção tem efeitos drásticos nas políticas econômicas, as quais são afetadas porque não são neutras, mas representam benefícios e custos, alteram preços relativos, e são responsáveis pela mudança de ganhos e do comportamento dos agentes racionais e maximizadores da renda. Assim, do ponto de vista microeconômico a corrupção pode ser vista como um imposto, um custo adicional que deve ser incorrido para a obtenção de um serviço público, de um produto ou de um favor que modifica a alocação eficiente dos recursos. Alocações de recursos maculadas pela corrupção geram ineficiência na aplicação daqueles valores e isso reduz a produtividade dos fatores e de suas remunerações. Com renda menor, as famílias poupam menos e isso afeta a poupança e o investimento. Capital menos remunerado ainda afasta os investidores, que acabam levando seu capital para países com menor índice de corrupção, o que traz prejuízos a todo o sistema econômico.

173 A. Carraro, ***Ensaio sobre os impactos econômicos da corrupção, op. cit.***, resumo.

174 A. Carraro, A. Fochezatto & R.O. Hillbrecht, ***O impacto da corrupção sobre o crescimento econômico do Brasil: Aplicação de um modelo de equilíbrio geral para o período de 1994-1998***. Disponível em: <www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A057>. Acesso: 21.03.2009.

2.5.1. Controle judicial da corrupção

O mais antigo instrumento processual de combate à corrupção na legislação brasileira é a ação popular, embora não tenha sido mais usada com frequência pelos cidadãos ou por suas representações civis. Prevista no art. 5°, LXXIII, é o único instrumento processual na legislação brasileira cuja titularidade é do cidadão de modo individual, ou coletivo, para defesa do patrimônio público, sem a necessidade da interveniência do Ministério Público como representante processual. Todos os demais mecanismos ao alcance do particular para proteção do patrimônio público não oferecem essa praticidade. A ação popular é instrumento destinado à anulação de ato lesivo ao patrimônio do Estado ou de entidade de que este participe, ou à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. A ação é regulada pela Lei n. 4.717/65, e a anulação do ato implica a condenação do agente e dos beneficiados ao pagamento de indenização por perdas e danos.

A ação de improbidade, prevista na Lei n. 8.429/92, é espécie de ação civil, cuja titularidade é do Ministério Público, e se destina a punir atos de improbidade, com ou sem enriquecimento ilícito, e a repor prejuízos causados ao patrimônio público por agentes públicos no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública. As sanções são de perda da função pública, ressarcimento ao erário e suspensão de direitos políticos por até dez anos, conforme a tipificação do ato na lei, além de outras penalidades, como a proibição de contratação com o poder público e de recebimento de incentivos fiscais (art. 12). É o instrumento de proteção do direito das populações a uma boa administração, da moralidade administrativa e da eficiência das ações públicas, entre outros[175].

Mas o controle da corrupção por parte do Judiciário tem sido assolado por inúmeras tentativas e golpes efetivos. Um dos mais recentes

175 M.G. Dal Bosco, ***Discricionariedade em políticas públicas: Um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa***, Curitiba, PR, Juruá, 2007, pp. 369-370.

foi a decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, de suprimir a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) quando a conduta praticada estiver prevista na Lei dos Crimes de Responsabilidade (Lei n. 1.079/50)[176]. Com a decisão, ministros de Estado, governadores, deputados, senadores, prefeitos e vereadores não estão mais sendo julgados com base na Lei de Improbidade.

Além desses mecanismos formais de controle, é importante que a sociedade esteja mais presente na luta pelos seus direitos, pois, em uma democracia, o que está em causa, em última análise, é a dignidade da pessoa humana e, por isso mesmo, não se pode qualificá-la como assunto da "classe política", devendo ser entendida como uma questão pertinente à totalidade das pessoas, valendo, portanto, a busca de todos os mecanismos para lutar contra a corrupção e contra a perda de confiança dos cidadãos em seus governantes[177]. Assim, além de mecanismos legais de controle, a presença dos instrumentos externos ao mundo do Direito pode ser de grande utilidade, como a atuação da imprensa. Como afirma Garcia de Enterría[178], uma comunicação social de qualidade, dotada de técnicas corretas de jornalismo investigativo, transforma-se em instrumento indispensável na luta pela dignidade da atividade da administração pública, e, até, um serviço para a democracia, diante de um efetivo funcionamento dos mecanismos do regime.

3. Efeitos da corrupção na supressão de direitos fundamentais sociais

Os efeitos da corrupção sobre os orçamentos públicos é devastador quando se trata do atendimento aos direitos fundamentais sociais,

176 STF, RCL n. 2.138, Pleno. Rel. Min. G. Mendes, Julgamento 13.06.2007. A decisão foi tomada na análise da Reclamação contra o ex-ministro da Ciência e Tecnologia R. Sardenberg.

177 A.C. Oliveira, "Democracia e administração pública", Scientia Ivridica: ***Revista de Direito Comparado português e brasileiro***, Minho, PT, n. 265/267, jan/jun 1997, pp. 21-35.

178 E. García de Enterría, ***Democracia, jueces y control de la administración***, Madrid, Civitas, 1995, p. 78, nota 100.

previstos na Carta Constitucional. A tarefa do Estado, de proporcionar serviços públicos à coletividade ainda ganhou maior importância com a Emenda Constitucional n. 26, que acrescentou ao art. 6º a obrigação estatal de "assistência aos desamparados" (Cf. art. 6º. ***caput***). Os recursos desviados pelos agentes públicos na prática de corrupção suprimem especialmente os direitos à saúde e à educação.

O desvio dos dinheiros públicos para finalidades particulares também afastam a possibilidade de ampliação de políticas públicas de desenvolvimento econômico para os mais pobres, como o acesso ao microcrédito, por exemplo. Os valores consumidos com a prática da corrupção poderiam sustentar programas de microcrédito para pessoas que não podem oferecer garantias em bancos, por não terem patrimônio, nos moldes daquele desenvolvido pelo bengalês Muhammad Yunus, ganhador do Premio Nobel da Paz de 2006. O programa é responsável na atualidade pelo atendimento de mais de 7,5 milhões de pessoas, com empréstimos para geração de renda, em mais de 100 países do mundo[179].

3.1. Gênese dos direitos fundamentais sociais

Ao lado dos tradicionais direitos de liberdade – compreendidos aqui os direitos à vida, à liberdade, à livre consciência, à intimidade, entre outros – direitos políticos – cidadania e os decorrentes desse como o sufrágio, o acesso aos cargos públicos – as Constituições da atualidade têm previsto outros igualmente imprescindíveis à dignidade da pessoa humana, como o direito à subsistência, à saúde, à educação, ao trabalho e à moradia, com as mesmas garantias dadas aos chamados direitos civis. Sua construção atende a uma "ampliação da esfera pública dos direitos ligada

179 A. Mattos, "Sou contra o que os bancos fazem no Brasil" [Entrevista/Muhammad Yunus], ***IstoÉ Dinheiro***, Disponível: <www.terra.com.br/istoedinheiro/ediçoes/556/artigo89741-1.htm>. Acesso: 10.03.2009. Yunus afirma que o Grameen Bank (banco da aldeia) recupera 99 por cento do crédito liberado, quase na sua totalidade, para mulheres. São pequenas quantidades de dinheiro, para as quais o tomador não precisa apresentar garantias. Segundo ele, os pobres sofrem um ***apartheid*** financeiro, apesar de representar dois terços da população mundial.

à proteção de novas classes de sujeitos", e, ao mesmo tempo, a necessidade de o Estado assumir funções vitais para a promoção do "bem-estar material que na ordem jurídica liberal estavam excluídos da ação estatal[180]. Está, portanto, superada a discussão a respeito da qualidade de direitos fundamentais dos direitos sociais.

A Constituição Federal relaciona vários direitos e garantias fundamentais, incluídos os de caráter social (arts. 6°. e 7°.), ainda que o legislador constituinte tenha criado um capítulo contraditório no que se refere à relação interna entre direitos e garantias[181]. Direitos fundamentais sociais podem ser entendidos como prestações positivas a que o Estado deve proporcionar e que estão abarcadas nas normas constitucionais de modo direito ou indireto, "que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais"[182].

Tais direitos estão embasados no postulado da igualdade, como critério de justiça distributiva e têm origem na necessidade da igualdade material e não puramente formal. Por força desse postulado, os direitos fundamentais sociais são normas jurídicas formuladas de modo expresso ou que têm seu nascedouro a partir da interpretação de cláusulas gerais que integram o núcleo de um Estado para defini-lo como Estado social democrático de Direito[183].

3.2. Corrupção e supressão de direitos

Os efeitos da corrupção na administração de recursos públicos acabam por atingir de forma importante a definição e a implementação de políticas públicas em todos os níveis de governo e, de modo especial, as

180 F.C. Lima F°, "Garantia constitucional dos direitos sociais e sua concretização jurisdicional", Minerva – ***Revista de Estudos Laborais***, Coimbra, Almedina, n. 10, mar 2007, pp. 153-194.

181 J.A. Silva, ***Curso de Direito Constitucional***, 10. ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 288.

182 J.A. Silva, ***Curso de Direito Constitucional, op. cit.***, p. 277.

183 F.J. Laporta ***apud*** F.C. Lima F°, "Garantia constitucional dos direitos sociais e sua concretização jurisdicional", ***op. cit.***, p. 163.

que proporcionam prestações em áreas cruciais para a coletividade, como a saúde e a educação.

Existe, em regra, coincidência entre práticas de corrupção na administração pública e as mais diversas formas de carências a que as populações são submetidas, desde a falta de alimentos, até a ausência de serviços básicos de tratamento de água e esgotos, responsáveis pela proliferação desordenada de doenças nas comunidades, de modo particular, nas crianças. Entre as mais de duas dezenas de programas sociais do governo brasileiro para auxílio à população pobre, batizado de "Bolsa Família", vem sendo alvo de uma série de denúncias de corrupção desde 2005, especialmente de liberação do benefício a pessoas que não se enquadravam no limite de renda ***per capita*** mensal exigido pelo Programa[184].

A questão da corrupção é bem conhecida das autoridades em todos os níveis. A Controladoria-Geral da União (CGU), órgão com ***status*** de Ministério na estrutura do Governo federal, responsável pelo acompanhamento e auditoria das contas dos Ministérios e das Prefeituras, no que se refere ao repasse de recursos federais pela União, mas sem poder de sanção, detectou que, no período de 2001 a 2003, houve irregularidades graves em 90 por cento dos municípios e pelo menos alguma irregularidade em todos os 741 municípios sorteados para auditorias, entre os 5.560 executivos municipais. Mais de 20 por cento dos gastos públicos são perdidos para a corrupção, o que significou, em 2004, um prejuízo de 18 bilhões de reais, consideradas apenas as transferências do governo Federal a Estados e Municípios[185].

184 O senador Eduardo Suplicy apresentou projeto no Senado em 1991, para instituição de programa de renda mínima a todos os brasileiros, denominada pelo seu autor de "renda da cidadania". Reapresentado em 2001, o projeto prevê que todos os brasileiros residentes no país e os estrangeiros que residam há mais de cinco anos, independentemente da condição econômica, teriam direito a receber, a partir do ano de 2005, um benefício anual de valor igual para todos, "[...] capaz de atender às despesas mínimas de cada pessoa com alimentação, habitação, educação, saúde, considerando para isso o grau de desenvolvimento do país e as possibilidades orçamentárias" (art. 1º. § 3º. do Projeto de Lei n. 266/2001). O senador também propôs a criação do Fundo Brasil de Cidadania, pelo Projeto de Lei n. 82/1999, que prevê a destinação de recursos de diversas fontes do Estado para o suporte financeiro do programa. (Cf. E.M. Suplicy, ***Renda de cidadania: A saída é pela porta***, 2. ed. rev., São Paulo, Cortez, Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 351.

185 Os dados fazem parte de entrevista do ministro chefe da CGU, Waldir Pires, ao jornal britânico ***Financial Times***, de 25.04.2005, e repercutida pelo jornal brasileiro ***O Estado de São Paulo***, em 26.04.2005, sob o título "Corrupção endêmica

Posteriormente, os dados de 376 municípios com menos de 450 mil habitantes foram analisados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o qual concluiu haver corrupção em 73 por cento deles, e também que, em 54 por cento das cidades, ocorreram práticas ilegais durante a realização de licitações, e em sete por cento dos casos, indícios de superfaturamento de contratos[186]. O objetivo da avaliação do IPEA era saber se a reeleição de prefeitos aumenta a corrupção administrativa. O estudo comprovou que a prática de corrupção é 23 por cento maior nas cidades nas quais o prefeito está em seu segundo mandato, em relação aos que estão administrando pela primeira vez.

A pesquisa do IPEA mostrou também que mais de 50 por cento dos casos de desvios de recursos públicos no âmbito municipal ocorrem nas áreas de saúde e educação, setores que tiveram descentralizada sua administração nos anos 1980. Isso evidencia que a supressão de direitos fundamentais sociais é também uma das graves consequências diretas da corrupção na administração pública. Significa que recursos a serem destinados à manutenção de hospitais, aquisição de medicamentos, contratação de profissionais na área da saúde, entre outros, são desviados para atividades diferentes e boa parte para atender interesses privados de administradores e outros agentes públicos. No campo da educação, área na qual os administradores municipais têm o dever constitucional de aplicar pelo menos 25 por cento dos recursos (CF, art. 212, ***caput***), o desvio de valores para outras áreas, muitas vezes mascarados de serviços e obras para o setor, e a corrupção, são responsáveis pela falta de vagas escolares, por baixos salários pagos aos professores e, em muitos casos, até pela falta de alimentação destinada às crianças nas escolas.

assola o Brasil, diz FT". Disponível em <http//www.transparencia.org.br> Acesso: 26.04.2005.

186 C. Furtado, "Corrupção: Praga mundial", in ***Desafios do desenvolvimento***, Brasília, IPEA/PNDU, jul 2005, n. 12, pp. 43-53. No setor de obras públicas, há casos de comprovada prática de improbidade. Na cidade baiana de São Francisco, a Controladoria-Geral constatou que uma construtora foi contratada sem licitação para fazer uma estrada, pelo valor de 5 milhões de reais, mas subcontratou o serviço para outra empresa, ao preço de 1,8 milhão. Foi comprovado, ainda, que a contratada sem licitação também fez a doação de um apartamento avaliado em 600 mil reais à família do prefeito da cidade.

Direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas que devem ser fornecidos através do Estado, em prestações materiais, atendendo aos interesses coletivos, antes que aos individuais[187]. A supressão desses direitos, sob qualquer justificativa, enseja a intervenção do Poder Judiciário, afastada aqui a alegação da necessidade de separação de poderes do Estado, dado que essa circunstância pode até mesmo ser considerada um mito no Estado brasileiro, onde o Poder Executivo não se mostra eficiente para atender às demandas sociais[188].

O que se percebe é que, na maior parte dos casos, o governo e as maiorias parlamentares são a expressão de um mesmo partido ou coalizão de partidos. Logo, destaca-se a ausência de verdadeira autonomia do Legislativo diante do poder Executivo, pois a maioria das leis aprovadas é de iniciativa do governo. Portanto, já não se pode falar de independência entre Legislativo e Executivo, o que parece indicar que a função do Judiciário aparece, agora, ainda mais do que antes, dotada de grande significação para o cidadão, o qual não pode esperar formas de controle da Administração capazes de garantir a efetivação de seus direitos fundamentais sob a responsabilidade do poder Executivo[189].

Mais do que nunca, deve o juiz, diante desse quadro, adotar critérios firmes e razoáveis, que possam servir de verdadeiros guias da ação administrativa e de parâmetro de interpretação das normas, com o objetivo de controlar a atividade do poder Executivo e de modo a assegurar a prestação pública correspondente aos direitos fundamentais sociais, nos casos em que a Administração deixa de cumprir com suas obrigações, em relação ao atendimento das prioridades sociais, como as áreas de saúde, educação, as quais apresentam sérias deficiências[190].

187 J.A. Silva, ***Aplicabilidade das normas constitucionais***, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 115.
188 M.G. Dal Bosco, ***Discricionariedade em políticas públicas, op. cit.***, p. 398.
189 M.G. Dal Bosco, ***Discricionariedade em políticas públicas, op. cit.***, p. 398.
190 M.G. Dal Bosco, ***Discricionariedade em políticas públicas, op. cit.***, p. 398.

Conclusão

Após a análise dos temas descritos, cabem aqui algumas considerações a título de conclusão do estudo:

A corrupção tem raízes na cultura política e administrativa grega e romana, vista primeiramente num paralelo com o organismo humano, tal uma doença que ia, aos poucos, destruindo a higidez do corpo, até aniquilá-lo completamente, acontecendo o mesmo com os entes políticos, que ao se desviarem dos princípios fundadores do bom governo, viam instalar-se a corrupção em suas estruturas. Pensadores como Platão, Aristóteles e Maquiavel a trataram não apenas como defeito moral dos homens públicos que administravam o Estado, mas como uma falha das formas de governo, provocada pelo baixo nível de participação dos administrados nas decisões dos governos.

A Administração pública brasileira é pautada por princípios constitucionais, como a moralidade e a publicidade, os quais têm função normativa e funcionam como base do ordenamento jurídico. Mas a publicidade é encarada como simples divulgação de informações por parte da Administração, muitas vezes restrita, e de linguagem pouco acessível aos administrados, o que faz com que não cheguem claras e em quantidade adequada a todas as pessoas. Não existe transparência administrativa, princípio que tem como conteúdo a publicidade, a motivação das decisões públicas e a participação dos administrados no Governo.

O nível de participação popular, autorizado pela Constituição, não se realiza na prática, por falta de aplicabilidade em função das limitações estabelecidas na lei regulamentadora, e por falta de cultura política da sociedade brasileira.

A ausência de transparência e a falta de participação dos administrados na condução dos destinos do Governo leva a um aumento cada vez maior dos índices de corrupção no País, mas não há estudos definitivos capazes de mensurar o tamanho dos prejuízos causados ao Erário por este fenômeno. Um levantamento feito pela organização não governamental

International Budget Partnership, em 2008, concluiu que a corrupção é responsável por perdas anuais nos cofres públicos **de quase dez bilhões de reais**. O dado é modesto, comparado com a estimativa feita pela Fundação Getúlio Vargas, há mais de dez anos, que estimou o impacto da corrupção na economia do País em 68 por cento do Produto Interno Bruto, o que equivale ao custo ***per capita*** de seis mil reais/ano.

No começo da década, a Controladoria-Geral da União detectou irregularidades em 90 por cento dos mais de 5.500 municípios brasileiros, na aplicação dos recursos públicos repassados pela União Federal. Em 2005, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) avaliou uma amostra de 375 municípios e encontrou desvio de recursos em 73 por cento deles, e que os gastos com corrupção chegaram a 18 bilhões de reais por ano.

Os valores públicos desviados acabam por levar à supressão de direitos fundamentais sociais, entendidos como prestações positivas a que o Estado está obrigado, e que estão contempladas nas normas constitucionais de forma direta ou indireta, e que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

A mesma pesquisa do IPEA concluiu que mais de 50 por cento dos recursos desviados em práticas de corrupção são aqueles destinados às áreas da saúde e da educação, o que significa dizer que os custos anuais da corrupção no Brasil são responsáveis pela redução do acesso a direitos fundamentais, como ao atendimento médico, aos medicamentos e o acesso à educação, entre outros.

O controle judicial das práticas de corrupção, ainda incipiente para a grande quantidade de casos existentes, ficou ainda mais reduzido em 2008, com a decisão do Supremo Tribunal Federal de não aplicar a Lei de Improbidade a autoridades sujeitas à Lei de Crimes de Responsabilidade. Isso afastou dos juízos de primeiro grau inúmeros casos de corrupção praticados por aquelas autoridades, reduzindo ainda mais as possibilidades de diminuição da corrupção. Além da conotação política, a pena aplicada aos agentes é muito mais branda do que a da Lei de Improbidade, que prevê

a suspensão dos direitos políticos por até oito anos, enquanto na Lei de Responsabilidade a perda é apenas por cinco anos.

Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. ***Política***. Tradução: Therezinha Monteiro Deutsch e Baby Abrão. Coleção Os pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BOBBIO, Norberto. ***Teoria geral da política***. Organizado por: Michelangelo Bovero. Tradução: Daniela Beccaccia Versiani. 9. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Direito constitucional e teoria da Constituição***. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARRARO, André. ***Ensaio sobre os impactos econômicos da corrupção***. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Resumo.

____; FOCHEZATTO, Adelar; HILLBRECHT, Ronald Otto. ***O impacto da corrupção sobre o crescimento econômico do Brasil: aplicação de um modelo de equilíbrio geral para o período de 1994-1998***. Disponível em: <www.anpec.org.br/encontro2006/artigos/A06A057>. Acesso: 21.03.2009.

CEPAL / ONU – Comisión Económica para América Latina y el Caribe. Organización de las Naciones Unidas. ***Politicas públicas para el desarrollo de sociedades de información en América Latina y el Caribe***. Santiago-Chile, 2005.

COMANDUCCI, Paolo. Princípios jurídicos e indeterminación del derecho. ***Doxa***: Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante-ES, n. 21, v. 2, p. 89-104, 1998.

CORREIA, Karla. Custo da corrupção no Brasil alcança R$ 10 bilhões ao ano. ***Jornal Gazeta Mercantil***. Edição de 25.02.2009, Caderno A, p. 08.

DAL BOSCO, Maria Goretti. ***Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa***. Curitiba-PR: Juruá, 2007.

DWORKIN, Ronald. ***Los derechos en serio. 3***. reimp. Traducción: Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997.

FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.); GARCIA, Monica Nicida. Corrupção e direito administrativo. In: SPECK, Bruno Wilhelm (Org.) ***et al. Caminhos da transparência***. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2002.

FOLHA DE SÃO PAULO. ***Computador está presente em 11,7% dos domicílios brasileiros***. 20.01.2005. Disponível em <www.folhaonline.com.br.> Acesso: 20.11.2008.

FURTADO, Clarissa. Corrupção: praga mundial. In ***Desafios do desenvolvimento***. Brasília-DF: IPEA/PNDU, jul/2005, n. 12.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. ***Democracia, jueces y control de la administración***. Madrid: Civitas, 1995.

HAURIOU, Maurice. ***Princípios de derecho público y constitucional***. Traducción: Carlos Ruiz del Castillo. Granada, ES: Comares, 2003.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. ***Dicionário básico de filosofia***. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1996.

JORNAL ***O Estado de São Paulo***. "Corrupção endêmica assola o Brasil, diz FT". 26.04.2005. Disponível em <http//www.transparencia.org.br> Acesso: 26.04.2005.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Garantia constitucional dos direitos sociais e sua concretização jurisdicional. ***In: Minerva – Revista de Estudos Laborais***. Coimbra: Almedina, n. 10, março/2007, p. 153-194.

MAQUIAVEL, Nicolau. ***O príncipe***: Escritos políticos. Tradução: Olívia Bauduh. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MARTINS, José Antônio. ***Corrupção***. Coleção Filosofia frente e verso. São Paulo: Globo, 2008.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. ***Transparência administrativa: publicidade, motivação e participação popular***. São Paulo: Saraiva, 2004.

MATTOS, Adriana. Entrevista/Muhammad Yunus: "Sou contra o que os bancos fazem no Brasil". ***Revista Istoé Dinheiro***. Disponível: <www.terra.com.br/istoedinheiro/ediçoes/556/artigo89741-1.htm>.Acesso: 10.03.2009

MELO, Patrícia Campos. Estudo avalia que Brasil perde 1,5 bi por ano com corrupção. ***Jornal O Estado de São Paulo***. Edição de 25.05.2007. Agencia Estado. Disponível em: <www.ae.com.br>. Acesso: 21.03.2009.

OLIVEIRA, António Cândido de. Democracia e administração pública. ***Scientia Ivridica***: Revista de Direito Comparado português e brasileiro, Minho, PT, n. 265/267, p. 21-35, jan./jun. 1997.

PECES-BARBA, Gregório. ***Ética, poder y derecho***: reflexiones ante el fin del siglo. Ciudad de México: Fontamara, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). ***Democratizar a democracia***. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional***. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

____. ***Aplicabilidade das normas*** constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL 2008CORRUPTION PERCEPTIONS INDEX. Disponível em: <www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2008>. Acesso: 16.03.2009.

9. DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO

Helder Baruffi[191]*

1. Introdução

A educação tem sido, historicamente, objeto de discussões e debates tanto na academia quanto nos palcos da política e apresenta-se como uma prioridade revisitada em nível mundial[192]. Enquanto um processo histórico constitui um direito fundamental reconhecido nos tratados e convenções internacionais, bem como explicitado nas diferentes cartas constitucionais do Estado Brasileiro.

Internamente tem sido regulada por Leis, denominadas Leis de Diretrizes e Bases e tem se constituído, também, em bandeiras políticas, com programas que se rotulam como a solução para todas as mazelas da sociedade brasileira, a exemplo dos programas de alfabetização ou de aceleração da aprendizagem, programas voltados, na maior parte das vezes, para responder, topicamente, a estatísticas que colocam o Brasil nos últimos lugares no ranking da educação mundial[193].

Os investimentos em educação, bem como as políticas públicas de educação, centram-se, na maioria das vezes, naquilo que é considerado periférico, como transporte e merenda escolar.

---

191 * Mestre em Direito pela PUC/SP e Doutor em Educação pela FE-USP. Diretor da FADIR-UFGD.

192 Cf. G.N. Mello, ***Políticas públicas de educação***. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v5n13/v5n13a02.pdf>.

193 O Brasil aparece em 72º lugar, atrás de Peru, Equador e Jamaica, num ranking de 127 países em que a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (Unesco) analisa os avanços em direção a quatro metas educacionais: universalização da educação primária, redução de 50% do analfabetismo adulto, evasão após a 5ª série e igualdade de acesso à escola para meninos e meninas. O documento foi divulgado ontem em Brasília e mostra que 103,5 milhões de crianças em idade escolar no mundo estão fora das salas de aula, enquanto as nações ricas relutam a liberar recursos para diminuir o problema nos bolsões de miséria do planeta. Disponível em: http://www.serpro.gov.br/noticias-antigas/noticias-2004/20041109_04>.

Muito ainda resta a fazer, em especial, uma intervenção radical na atual estrutura de ensino que se moldou a partir do ensino jesuítico e centra-se na ideia cartorial de obtenção de diploma, de uma alfabetização funcional visando ampliar o número de votantes para garantir um eleitorado fiel a determinadas famílias de políticos que fazem dos investimentos em educação um palanque eficiente para manutenção do status quo, em detrimento de uma educação emancipatória, na perspectiva proposta por Paulo Freire[194].

Um breve olhar sobre os espaços educativos permite registrar o fracasso da educação e dos programas de políticas públicas: professores mal preparados e mal remunerados, com altos índices de stresse e doenças ocupacionais (o absenteísmo salta aos patamares de uma doença crônica), ausência de bibliotecas e laboratórios de informática, livros textos com problemas sérios de conteúdo, notadamente imprestáveis para uma educação de base em razão da superficialidade das abordagens, escolas insalubres, com arquitetura imprópria para atender às condições de ventilação, acessibilidade, higiene[195]. Some-se a isso a desestruturação da base familiar, que se ausenta do processo de socialização primária, remetendo-a para a escola.

A partir desse quadro que se impõe como um quadro de fundo para as possíveis análises da questão educacional no Estado brasileiro, algumas questões se colocam para a reflexão, a partir da positivação do Direito à Educação nas diferentes Constituições Brasileiras e que podem ser assim formuladas: (a) o que representa a positivação do direito à educação? A hipótese que buscamos destacar e buscaremos desenvolver é que essa

194 Nesse sentido: P. Freire, ***Educação como prática de liberdade: a sociedade brasileira em transição***, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2000. Idem, ***Pedagogia da Autonomia: Saberes Necessários à Prática Educativa***, São Paulo, Paz e Terra, 2002.

195 "Constitui um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo, possua uma constituição cidadã, mas possui mais de 30 milhões de seus habitantes vivendo abaixo da linha de pobreza ("indigência"). A maioria dessas pessoas não encontram um atendimento de qualidade mínima nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vivem em condições precárias de habitação, alimentam-se mal ou passam fome". Disponível em: <http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=3132&lay=pde>. Nesse sentido, também: Cf. G.N. Mello, ***Políticas públicas de educação***. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v5n13/v5n13a02.pdf>. Acesso em 18 de agosto de 2009.

positivação é a resposta da sociedade política à sociedade civil que exige, do Estado, do Legislador, uma atuação mais eficiente; (b) essa positivação, corresponde a uma inovação Constitucional? A tese que pretendemos demonstrar é que essa positivação, na Constituição de 1988, não constitui uma inovação, mas representa uma resposta ao ambiente jurídico internacional que vê a educação como um instrumento para o empoderamento dos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento; e (c) como se apresenta, em termos de eficácia jurídica, essa positivação? A argumentação é no sentido de que a eficácia jurídica é dada pelos instrumentos constitucionais de defesa dos direitos coletivos, e pode ser efetivada, principalmente, pela atuação do Ministério Público e da sociedade civil organizada. Ou seja, pretende-se demonstrar que a efetivação do direito à educação, enquanto um direito fundamental social positivado na Constituição de 1988, requer o reconhecimento desse direito, ainda não realizado e a postulação em termos não apenas quantitativos (de fundo democrático), mas principalmente do ensino de qualidade.

2. A educação como uma resposta da sociedade política à sociedade civil

A educação nas constituições e nas leis dela derivadas, sejam elas imperiais ou republicanas, outorgadas ou promulgadas, é a resposta da sociedade política à sociedade civil que colabora numa ação mais objetiva da parte do Estado em relação ao direito fundamental à educação.

A positivação da Educação como direito fundamental social constituiu, desta forma, intenção programática de Governo e em valor jurídico para o Estado.

A declaração do Direito à Educação expressa na Constituição de 1988 representa, sim, um salto de qualidade com relação à legislação anterior e uma maior precisão técnica e detalhamento com efetiva possibili-

dade de eficácia, através dos instrumentos jurídicos de garantia constantes da Carta Magna[196].

É evidente que a formatação da Carta de 1988 é resultado do quadro teórico e político-social em que foi elaborada. O fracasso da política educacional delineada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1971, voltada para uma formação profissional, esvaziada pelo modelo cartorial de busca de diplomas, associado ao novo modelo de ensino superior francamente privatista sustentada por cursinhos pré-vestibular, cuja crítica ao modelo educacional era sustentada por educadores brasileiros que denunciavam a visão capitalista do "trabalho improdutivo" da escola[197] a partir de uma leitura de Marx, Gramsci e Althusser, além da militância de educadores como Paulo Freire, Dermeval Trigueiros, Dermeval Saviani, Moacir Gadotti ou de sociólogos do naipe de Florestan Fernandes, deu ao texto constitucional um vigor não conhecido nas Cartas que a precederam.

A própria academia já havia conseguido avançar na crítica[198] que se fazia necessária à educação para ações propositivas, como representou a nomeação de Paulo Freire à frente da Secretaria de Educação de São Paulo[199].

A estruturação do Partido dos Trabalhadores e a forte participação de educadores na sua fundação permitiram uma releitura e construção do texto constitucional na perspectiva de uma educação de qualidade, emancipatória. Nela estão presentes os fundamentos para as políticas públicas. A simples, mas fundamental é a importância de situar a educação como

196 Cf. R.P. Oliveira, "O Direito à Educação na Constituição de 1988 e seu re-estabelecimento pelo sistema de Justiça", ***Revista Brasileira de Educação***, São Paulo, v. 11, 1999, pp. 61-74.

197 Nesse sentido, ver G. Frigotto, ***A produtividade da escola improdutiva. Um re-exame das relações entre educação e estrutura econômico-ocial capitalista***, São Paulo, Cortez, 2001.

198 Veja-se, nesse sentido, a leitura coletiva de obras como P. Bourdieu & J.-C. Passeron, ***A reprodução – Elementos para uma teoria do sistema de ensino***, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1975; I. Illich, Sociedade sem escolas, Petrópolis, RJ, Vozes, 1977; B. Harper et al., Cuidado, escola!, Rio de Janeiro, Brasiliense, 1980.

199 Exilado no Chile, Paulo Freire publicou obras que marcaram a época, como o livro "Educação como prática de liberdade" e, no retorno ao Brasil atuou como supervisor para o programa do partido para alfabetização de adultos de 1980 até 1986 e na gestão de Luiza Erundina (1989-1993), Freire foi nomeado secretário de Educação da cidade de São Paulo. Exerceu esse cargo de 1989 a 1991.

direito fundamental social, é sintomática dessa resposta que o legislador constituinte deu à sociedade, revelando que a educação não pode ser mera retórica, nem se constitui uma simples folha de papel, contudo tem força transformadora. Os instrumentos de efetivação acompanham essa nova perspectiva que traz, em seu bojo, a promessa de amplo acesso e permanência visualizado nas políticas de inclusão que se desenvolvem em diferentes ministérios, em especial no Ministério da Justiça, com a criação da Secretaria Especial de Direitos Humanos e repercute, positivamente, nas políticas públicas de educação e nas demais secretarias estaduais.

Entretanto, a permanência e, com ela, o oferecimento de um ensino de qualidade, ainda constituem sério problema a ser enfrentado[200].

Não basta estabelecer políticas de acesso. Importante e essencial é dar condições para que esse ingresso se constitua, de forma efetiva, em instrumento de emancipação, com a apropriação do conhecimento e, com ele, a possibilidade de reivindicar a participação naquilo que a sociedade oferece. Portanto, o ensino tem que ser de qualidade e capaz de emancipar. No dizer de Paulo Freire, é preciso construir uma "pedagogia da emancipação". Quebrar o velho e tradicional costume de produzir analfabetos funcionais, mão-de-obra desqualificada, curral eleitoral. Também é necessário superar a ideologia capitalista de que a educação é um capital cujo investimento é medido pela capacidade do indivíduo de consumir, fortalecendo a sociedade de consumo, onde o investimento em educação reverte-se em maior produtividade no mercado de trabalho e, por consequência maior capacidade de consumo.

200 "No que diz respeito à universidade pública brasileira, se, por um lado, não é possível negar - quando comparada a sua origem elitista – a ocorrência de algumas transformações no perfil do estudante universitário nessas últimas décadas, por outro, esse ***locus*** permanece, em diferentes aspectos, reticente às implicações internas do processo de democratização do ensino superior. Embora, a cada ano, o número de universitários dos espaços populares tenda a aumentar, a universidade brasileira é, ainda hoje, um espaço ocupado, em sua maior parte, pelas classes sociais média e alta de cor branca e só recentemente tem-se aberto – não sem polêmica – à presença das classes populares e de populações de diferentes pertencimentos culturais no seu quadro docente e, principalmente, no seu quadro discente. Essa mudança do público-alvo universitário desafia a instituição a se repensar, a refletir sobre seus objetivos e seu papel, sem dúvida essencial, na construção de uma sociedade cada vez mais justa, igualitária e menos dogmática". T.C. Gabriel, & S. Moehlecke, ***Conjuntura educacional: Conexão de saberes – Uma outra visão sobre o ensino superior***. Disponível em: http://www.educacao.ufrj.br/revista/indice/numero2/artigos/smoehlecke.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2009.

A educação tem que se constituir, ao contrário, em instrumento de emancipação, pela qual o sujeito histórico seja capaz de participar na construção da própria história, seja no mercado de trabalho, seja nos quadros da política partidária ou na atuação social.

Produção, globalização, trabalho, consumo constituem conteúdo, mas não o fim da educação.

3. A positivação como uma resposta ao ambiente jurídico internacional

A educação é um direito do homem. Entretanto, é com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que se instaura uma nova era, a Era dos Direitos, na feliz expressão de Norberto Bobbio.

Nessa perspectiva, a Declaração de 1948 "confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo do Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;" e, ainda, "representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade."[201]

Norberto Bobbio sintetiza que "A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais".[202]

Nesse sentido, os direitos humanos ou fundamentais assentam-se sobre o valor básico do reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Não por outro motivo, o primeiro parágrafo do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, afirma que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos

201 N. Bobbio, ***A era dos direitos***, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 26.
202 Ibidem, p. 30.

seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

A educação é inerente ao ser humano, como pode ser observado no disposto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 26 que afirma:

> ART. 26: 1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.
>
> 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
>
> 3. Os pais têm prioridade de direito n escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Esse direito inerente ao ser humano é reafirmado na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem – Bogotá Resolução X+, Ata Final abril de 1948, que em seu artigo 12 prescreve:

> Artigo 12
> Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana.Tem, outrossim, direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade. O direito à educação compreende o de igualdade de oportunidade em todos os casos, de acordo com os dons naturais, os méritos e o desejo de aproveitar os recursos que possam proporcionar a coletividade e o Estado.Toda pessoa tem o direito de que lhe seja ministrada gratuitamente pelo menos, a instrução primária.

Também cabe registrar o disposto na Declaração Universal dos Direitos da Criança - 20 de novembro de 1959, a saber:

> Princípio 7º
> A criança tem direito à educação, que deve ser gratuita e obrigatória, pelo menos nos graus elementares. Deve ser-lhe ministrada uma educação que promova a sua cultura e lhe permita, em condições de igualdade de oportunidades, desenvolver as suas aptidões mentais, o seu sentido de responsabilidade moral e social e tornar-se um membro útil à sociedade.
> O interesse superior da criança deve ser o princípio directivo de quem tem a responsabilidade da sua educação e orientação, responsabilidade essa que cabe, em primeiro lugar, aos seus pais.
> A criança deve ter plena oportunidade para brincar e para se dedicar a actividades recreativas, que devem ser orientados para os mesmos objectivos da educação; a sociedade e as autoridades públicas deverão esforçar-se por promover o gozo destes direitos.

Cabe o destaque, no que se refere à educação, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de Janeiro de 1992:

> Art. 13 - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
> 2. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:
> a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.
> b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profis-sional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.
> c) A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os

> meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.
> d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária.
> e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

Também na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992 (Pacto de San Jose da Costa Rica) se observa a presença e o reconhecimento da educação como fundamental ao desenvolvimento social:

> Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
> Art. 26 - Desenvolvimento progressivo
> Os estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Convenção sobre os Direitos da Criança – 20 de setembro de 1990:

> ARTIGO 18
> 1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.
> 2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente

> Convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças.
> 3. Os Estados Partes adotarão todas as medidas apropriadas a fim de que as crianças cujos pais trabalhem tenham direito a beneficiar-se dos serviços de assistência social e creches a que fazem jus.

Como se observa, a educação recebeu, no âmbito internacional, um tratamento que importou na interiorização e positivação do direito à educação enquanto comando constitucional na Constituição Federal de 1988, bem como no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069 de 13 de julho de 1990, e é operacionalizada na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional LDB – Lei 9394, de 20 de dezembro de 1996.

É certo que a Constituição é o lugar em que quase todos os princípios podem ser encontrados.

Por força dessa virada metodológica pós-positivista, também denominada neoconstitucionalismo, que reconhece efetiva força jurídica aos princípios, os valores e os princípios expressos na Constituição não se apresentam apenas como conselhos morais ou um catálogo de boas intenções. Ao contrário, "são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico".[203]

Distinguem-se dos direitos do homem – valores ético-políticos ligados à dignidade da pessoa humana, não positivados, e dos direitos humanos – valores ligados à dignidade da pessoa humana, que foram positivados na esfera internacional, através de tratados.

A Constituição de 1988 destinou toda uma seção ao direito à educação, desde o artigo 205 até o artigo 214. Atribuiu a cada um dos entes federativos atribuições de ordem material, em que estipulou que cada um

203 G. Marmelsten, ***Curso de direitos fundamentais***, São Paulo, Atlas, 2009, p. 20.

deles deve contribuir, anualmente, com um percentual mínimo estabelecido em lei, proveniente das suas receitas (União: 18 %; Estados, Distrito Federal e Municípios: 20%).

Consoante o art. 1º da CF, (forma de Estado federativa) as atribuições são de ordem material e de competência.

À União, de maneira privativa, cabe legislar, sobre as diretrizes e bases da educação em todo o território nacional, nos termos do artigo 22, inciso XXIV.

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
> XXIV – diretrizes e bases da educação nacional.

E o faz de maneira concorrente com os Estados e o Distrito Federal: sobre educação, cultura, ensino e desporto, nos termos do artigo 24, inciso IX:

Conforme o Art. 24, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

> IX - educação, cultura, ensino e desporto;
> O parágrafo primeiro do artigo dispõe que à união compete a edição de normas gerais
> § 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

Aos Estados compete a normalização, em consonância com as normas gerais, do ensino fundamental e médio, bem como poderão legislar sobre as matérias que ainda não tenham sido alvo de leis federais, com eficácia até que a União disponha sobre os assuntos.

Assim trata a educação o art. 205 e seguintes:

> Título VIII
> Da Ordem Social
>
> Capítulo III
> Da Educação, da Cultura e do Desporto
> Seção I

Da Educação

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

V - valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;

VI - gestão democrática do ensino público, na forma da lei;

VII - garantia de padrão de qualidade;

VIII - piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

O dever do Estado está disposto no art. 208:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

> V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
>
> VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
>
> VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.
>
> § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
>
> § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
>
> § 3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

Ao Município cabe a responsabilidade pelo ensino fundamental e educação infantil. O ensino obrigatório, mais do que uma norma programática, trata-se de um direito público subjetivo. Desta maneira, o legislador constitucional quis tornar exigível a sua total efetividade.

O direito à educação, pelo menos a fundamental, é parte da condição de dignidade da pessoa humana e integra o que se chama de mínimo existencial.

4. Essa positivação, corresponde a uma inovação Constitucional?

A resposta a essa indagação está visualizada no art. 208 que, em seus incisos, inova em relação às constituições anteriores, senão vejamos:

> Inciso
>
> I - 'extensão aos que não tiveram acesso na idade própria'
>
> II - obrigatoriedade e gratuidade do ensino médio
>
> III - atendimento especializado aos portadores de necessidades especiais (rede regular de ensino)
>
> IV - Inclusão do nível de ensino de 0 a 6 anos (creche e pré-escolar) ao sistema regular, exigindo regulamentação e normatização na

> legislação educacional complementar.
> V - [...]
> VI - Reconhecimento do Estado para com o ensino noturno - adequação às condições de cada um.
> VII - gratuidade ativa - além da escola gratuita, o Estado garante condições de permanência: transporte escolar, material didático, bolsa-salário.

Observa-se, pois, que há sim uma inovação constitucional que resulta do quadro teórico-programático presente no ordenamento internacional.

5. A eficácia do direito fundamental social à educação

Com o reconhecimento da efetiva força jurídica dos princípios, a Constituição passou a ocupar papel especial, tendo o direito necessariamente assumido uma "pretensão de correção", no sentido de se aproximar da ideia de justiça, na perspectiva assinalada por Robert Alexy[204]. E essa "pretensão de correção" se manifesta precisamente através dos direitos imunes à ação do legislador ordinário: nenhum ato será conforme ao direito se for incompatível com os direitos fundamentais[205].

Discorrendo sobre os direitos positivados, Sanchis[206] assinala que

> [...] nem todos os direitos possuem a mesma fisionomia dos direitos fundamentais: não protegem bens ou valores que em hipóteses podem ser atribuídos ao homem ou às instituições; nem seu titular é o sujeito abstrato e racional, ou seja, qualquer homem, independentemente de sua posição social e independentemente do objeto material protegido; nem seu conteúdo consiste em uma mera abstenção por parte dos demais e, em particular, das instituições, senão que exigem por parte desta uma ação positiva que interfere no livre jogo dos sujeitos privados. Estes são chamados direitos econômicos, sociais e culturais ou, simplesmente, direitos sociais.

204 R. Alexy, ***Constitucionalismo discursivo***, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2006, p. 20.
205 G. Marmelsten, op. cit., pp. 12-13.
206 ***Op. cit.***, p. 123. .

5.1. Mecanismos de eficácia

A positivação dos direitos do homem representa, sem dúvida, uma das grandes contribuições da modernidade. Representa, também, a consciência de que todos os homens são sujeitos de direitos e, portanto, credores de condições mínimas de existência capazes de assegurar a sua dignidade. Registra a garantia de liberdade, consciência, participação, autonomia.

Essa positivação foi considerada necessária para permitir uma interpretação consentânea com os respectivos momentos históricos e promover sua plena realização. Flávia Piovesan,[207] com fundamento em Norberto Bobbio[208] e Hannah Arendt,[209] destaca que, enquanto reivindicações morais, os direitos humanos nascem quando devem e podem nascer. Não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas. São um construído, uma invenção humana e representam um determinado momento histórico. Apresentam-se como direitos de defesa e como garantias de proteção.

Porém, participar e usufruir destes direitos requer (a) a consciência destes direitos e (b) a garantia de participação naquilo que a sociedade produz. Em outros termos, é ter direito aos direitos reconhecidos pela sociedade.

Na Constituição de 1988, os direitos sociais positivados "constituem direitos fundamentais da pessoa humana, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos" e sua positivação representou, na sua essência,

> a doutrina segundo a qual há de verificar-se a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente." E ainda, [...]

207 F. Piovesan, ***Direitos Humanos e Justiça Internacional***, São Paulo, Saraiva, 2006, p. 8.

208 N. Bobbio, ***op. cit.***

209 H. Arendt, ***As origens do totalitarismo***, São Paulo, Companhia das Letras, 2000.

> eles constituem, em definitivo, os novos direitos fundamentais do homem.[210]

A grande questão que se apresentou na evolução das declarações de direitos foi a de assegurar a sua efetividade. Ultrapassar o campo das intenções, dos bons propósitos, para o campo da concretização dos direitos, da efetividade, propósito alcançado com a positivação desses Direitos na Constituição.

É o que se observa no caso brasileiro.

O Constituinte de 1988, atento à realidade social internacional, imprimiu aos direitos sociais, um caráter concreto ao explicitar: são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais os expressamente indicados no art. 7º, ou quando diz: a saúde ou a educação é direito de todos, e mais indica mecanismos, políticas, para a satisfação desses direitos, como a indicação de fontes de recursos para a seguridade social (art. 194 e 195) ou reserva recursos orçamentários para a educação (art. 215).

Esse esforço histórico de positivação, ou afirmação constitucional dos direitos sociais, é ressaltado por José Afonso da Silva[211] como de transcendental importância, por adquirirem sua primeira condição de eficácia jurídica. Mas alerta: "não basta que um direito seja reconhecido e declarado, é necessário garanti-lo, porque virão ocasiões em que será discutido e violado, e quanto!" E, neste sentido, cita lição de Canotilho:

> [...] a força dirigente e determinante dos direitos a prestações (econômicas, sociais e culturais) inverte, desde logo, o objecto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo: de uma pretensão de omissão dos poderes públicos (direito de exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos, liberdades e garantias) transita-se para uma proibição de omissão (direito a exigir que o Estado intervenha activamente no sentido de assegurar prestações aos cidadãos).

---

210 J.A. Silva, ***Garantias Econômicas, política se jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais***. Disponível em: <http://mundojuridico.adv.br>. Acesso em 10.02.2009, p. 1

211 J.A. Silva, ***Garantias Econômicas, política se jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais,*** op. cit., p. 1.

É certo que as pautas de políticas públicas na área social constituem prestações positivas que se efetivam quando o Estado executa programas específicos que possibilitam sua ação concreta. Mas quais as garantias políticas da eficácia desses direitos?

Na atenta lição de Paulo Bonavides, Dalmo de Abreu Dallari, José Afonso da Silva, Fábio Konder Comparato, Lênio Streck, para citar alguns defensores da democracia participativa, a garantia de realização dos direitos fundamentais sociais se dá (a) pela construção de um regime democrático que tenha como conteúdo a realização da justiça social; (b) pelo apoio a partidos e candidatos comprometidos com essa realização; (c) pela participação popular no processo político que leve os governantes a atenderem suas reivindicações.

A Constituição Federal prevê a imediata exigibilidade destes direitos prestacionais (em não observados) perante o poder judiciário. Os mecanismos de eficácia estão previstos no artigo 208, § 1°, 2°, 3°:

> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
> § 1° O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
> § 2° O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.
> § 3° Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

E também no art. 227, caput

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Acompanhando a linha programática da Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, buscou dar real efetividade ao que já fora tratado na Constituição.

> Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente:
> I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
> II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio;
> III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
> IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;
> V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
> VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do adolescente trabalhador;
> **VII - atendimento no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.**
> § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.
> § 2º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo poder público ou sua oferta irregular importa responsabilidade da autoridade competente.
> § **3º Compete ao poder público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsável, pela freqüência à escola.**

E ainda:

> Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:
> I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;
> II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;
> III - em razão de sua conduta.

E mais:

> Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:
> I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
> II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
> III - matrícula e freqüência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
> IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
> V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
> VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
> VII - abrigo em entidade;
> VIII - colocação em família substituta.
> Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB, Lei nº 9.394/96, em seu artigo 5º, ressalta a garantia de sindicabilidade junto ao poder judiciário como meio de dar efetividade aos direitos nela consagrados.

5.2. O direito à educação e o mínimo existencial

No Brasil, desde a primeira Carta já havia menção ao direito à educação, além disso, a Constituição de 1988 tratou de elevar tal direito à condição de direito público subjetivo, o que em muito colabora para que tal princípio saia do campo das abstrações para se tornar concreto, afastando quase todas as possibilidades do Estado de negar a sua realização.

Para a efetivação do direito à educação, não só ela deve ser ofertada pelos poderes constituídos, como também são necessárias ações paralelas no sentido de permitir que as pessoas tenham condições de

chegar até a escola, de frequentar as aulas, de manter-se em pé durante as aulas. A miséria do povo brasileiro é tão gritante que na falta destas ações o direito em si, mesmo que regularmente ofertado, não atenderia às suas finalidades.

Pensando nisso, o legislador tratou de elencar uma série de medidas que venham possibilitar o gozo desse direito, mesmo para os mais pobres, através dos programas de merenda escolar, transporte, entrega de material didático, entre outros.

5.3. A efetividade do direito à educação

Na lição de Norberto Bobbio,[212] os direitos fundamentais (ou direitos do homem na nomenclatura da época) não são um dado, mas um construído. A noção de direitos do homem surge na Europa, no séc. XVIII, como fruto do iluminismo e do iusnaturalismo, e ganha fôlego nas lutas contra o Estado absoluto, desenvolvendo-se ao longo do tempo para alcançar status de reconhecimento internacional após a Segunda Guerra Mundial.

Para Luis Prieto Sanchís,[213] o reconhecimento dos direitos humanos ou fundamentais no constitucionalismo do final do séc. XVIII representa a transposição ao direito positivo da teoria dos direitos naturais elaborada pelo jusnaturalismo racionalista: seu objeto ou finalidade, seus titulares e seu conteúdo resultam coincidentes. "O objetivo era, em ambos os casos, preservar certos valores ou bens morais que se consideravam inatos, inalienáveis e universais, como a vida, a propriedade e a liberdade".

Afirma Luis Roberto Barroso, ao discorrer sobre a nova interpretação constitucional, e assinalar a virada metodológica entre a tradição e

212 N. Bobbio, ***op. cit.***, p. 19.

213 L.P. Sanchís, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", ***in*** H. Baruffi (org.), ***Direitos fundamentais sociais***, Dourados, EdUFGD, 2009, p. 121.

a modernidade, afirma que "as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – não possuem em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem."[214]

As cláusulas constitucionais possuem um conteúdo aberto, principiológico e dependente da realidade subjacente. Não se prestam ao sentido unívoco e objetivo da tradição exegética. Constituem, sim, uma "moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas" e o sentido da norma é dado "à vista do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados".[215] Existem cláusulas constitucionais de baixo teor valorativo, que uma interpretação singela permite a subsunção da regra constitucional ao fato concreto, podendo ser destacado o disposto no art. 40, § 1°, II; 14, §3°, IV, a; 226, §6°, o que não é o caso dos direitos sociais, altamente densificados.

Os direitos sociais ocupam essa outra dimensão – direitos às prestações positivas, também reconhecidos como direitos prestacionais e que conduzem a uma atividade proativa do Estado, podendo ser acionado, nos dizeres de Gilmar Mendes, "por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão".

O sentido e o alcance de uma determinada norma constitucional (e também infraconstitucional) terão que ser delimitados pelo intérprete, em cada situação concreta a ser apreciada pelo aparato decisional do direito dogmaticamente organizado. Conforme Lênio Streck, é "evidente que não há só textos; o que há são normas (porque a norma é o resultado da interpretação do texto). Mas também não há somente normas, porque nelas está contida a normatividade que abrange a realização concreta do direito".

Em que pesem as cláusulas constitucionais possuírem um conteúdo aberto e a solução adequada somente ser formulada à vista dos elementos

214 L.R. Barroso, ***Interpretação e aplicação da Constituição***, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 347.
215 Ibidem, p. 347

do caso concreto, "o intérprete está limitado pela demarcação de parâmetros para a ponderação de valores e interesse e pelo dever de demonstração fundamentada da racionalidade e do acerto de suas opções."

Com efeito, a realidade dantesca em que vive milhões de brasileiros destituídos de seus direitos fundamentais é mais do que suficiente para comprovar essa inobservância das metas constitucionais. A marginalização, o desemprego, a miséria, a degradação humana, a que grande parte do nosso povo é reduzida, demonstram com a lei, embora exista para todos, não os atinge igualmente. Ademais, se a cidadania é um dos fundamentos do nosso Estado de Direito, como pode o próprio Estado desrespeitá-los e não realizá-los?

A função principal dos direitos fundamentais é realizar o princípio da "dignidade da pessoa humana", não abstrata, idealizada, mas situada, real, concreta. A pessoa em causa deve ser considerada em sua integralidade, não somente do ponto de vista profissional, mas também em sua vida privada.

José Afonso da Silva,[216] na análise sobre a aplicabilidade das normas definidoras dos direitos fundamentais, destaca que, nos termos do §1° do art. 5°, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, com incidência, também, às normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6° a 11, embora a Constituição mesma faça depender de legislação ulterior à aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Neste sentido, o autor indaga:

> Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no § 1° do art. 5°, que declara todas de aplicação imediata? Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o poder judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.

216 J.A. Silva, ***Garantias Econômicas, política se jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais, op. cit.***, p. 9..

O autor assinala os seguintes instrumentos jurídicos de eficácia:

Mandado de injunção - Este é o instrumento que, correlacionado com o citado § 1º do art. 5º da Constituição, torna todas as normas constitucionais potencialmente aplicáveis diretamente. Assim, é o enunciado de sua previsão constitucional: "Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Inconstitucionalidade por omissão - A inconstitucionalidade por omissão verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou executivos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais que postulam lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstos se efetivem na prática. Prevê autoridades, pessoas e entidades que possam propor a ação direta visando à declaração da omissão. Foi tímida, no entanto, nas consequências do seu reconhecimento. Apenas dispôs, no § 2º do art. 103, que, declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, que será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. A mera ciência ao poder legislativo pode ser ineficaz, já que ele não pode ser obrigado a legislar, embora um dever moral de legislar possa impulsionar o legislativo a atender ao julgado.

Iniciativa popular - O exercício da iniciativa popular também pode contribuir para a elaboração de leis ordinárias ou complementares integradoras da eficácia de normas constitucionais. Ela é prevista no art. 61, § 2º nos termos seguintes: "A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estado, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles". A omissão do poder legislativo não pode ser totalmente

suprida pela participação popular, mas a falta de iniciativa das leis o pode, e por certo que a iniciativa, subscrita por milhares de eleitores, traz um peso específico, que estimulará a atividade dos legisladores.

Sindicalização e direito de greve - A possibilidade de instituir sindicatos autônomos e livres e o reconhecimento do direito de greve (arts. 8º e 9º) é que encontramos os dois instrumentos mais eficazes para a efetividade dos direitos sociais dos trabalhadores.

Mandado de segurança coletivo, conforme o art. 5º, LXIX, LXX. "Pelo mandado de segurança podem ser defendidos os chamados direitos líquidos e certos, distintos da liberdade de locomoção, contra atos ou omissões abusivas do Poder Público" (Fabio Konder Comparato).

Mandado de injunção, conforme o art. 5o, LXXI. Constitui o remédio constitucional para a obtenção, mediante decisão judicial de equidade, a imediata e concreta aplicação de direito, liberdade ou prerrogativa inerente à nacionalidade, à soberania popular ou à cidadania, quando a falta de norma reguladora torne inviável o seu regular exercício.

Ação civil pública, nos termos do art. 129, III. Estabelece a competência do MP.

Na prática forense, algumas ações podem ser visualizadas: (a) ações visando à conquista de vagas para o ensino fundamental; (b) hipótese de intervenção federal em caso de greve sem perspectiva de negociação; (c) ações visando à inibição de cobrança de anuidade em escola pública; (d) ações objetivando a matrícula de crianças fora da idade ideal, e (e) retenção de documentação do estudante.

Entretanto, em que pese a educação ser considerada direito fundamental social, pesquisas têm apontado, por ordem de importância, os seguintes problemas: (a) Insegurança nas escolas e drogas; (b) professores desmotivados e mal pagos, sem condições de atualização e (c) baixa qualidade do ensino.

6. Considerações finais

Os direitos sociais foram consagrados como instrumento para a busca de ideais de igualdade e de dignidade da pessoa humana, estando fundados no dever de solidariedade que anima a sociedade.

Por implicarem, via de regra, direitos a prestações, exigindo uma atuação positiva do Estado, a sua efetivação depende da disponibilidade, por parte do Estado, de recursos financeiros para fazer frente aos respectivos encargos. Diz-se, por isso – e com acerto –, que os direitos sociais a prestações estão sob a "reserva do possível".

A constitucionalização dos direitos sociais, entretanto, mormente quando colocados na posição de direitos fundamentais auto-aplicáveis, como na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, impõe ao Legislativo e ao Executivo que atuem no sentido da sua realização. É o reconhecimento da eficácia normativa da constituição que garante a proteção do núcleo essencial de cada um dos direitos sociais, podendo o Judiciário, inclusive, provocado em razão da omissão dos demais poderes, tutelar a eficácia mínima de tais direitos com suporte direto no texto constitucional.

O Legislador, forte no princípio democrático, só está vinculado à garantia do núcleo essencial dos direito sociais, não se podendo extrair do texto constitucional normas atinentes à forma e ao grau da sua atuação nas respectivas áreas. A sociedade pode redefinir, através de seus representantes, como o Estado deve atuar para a realização dos direitos sociais. Apenas o núcleo essencial de cada um dos direitos sociais, por estar acima da vontade da maioria e ter a sua realização garantida como decorrência da eficácia mínima da sua constitucionalização, é alcançado pela chamada "proibição do retrocesso".

Referências

ALEXY, Robert. ***Constitucionalismo discursivo***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ARENDT, Hannah. ***As origens do totalitarismo***. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. ***Interpretação e aplicação da Constituição***. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. ***A era dos direitos***. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURDIEU, Pierre & PASSERON, Jean-Claude. ***A reprodução***. Elementos para uma teoria do sistema de ensino. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.

FREIRE, Paulo. ***Educação como prática de liberdade: a sociedade brasileira em transição***. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2000.

_____. ***Pedagogia da Autonomia: Saberes Necessários à Prática Educativa***. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

FRIGOTTO, Gaudêncio. ***A produtividade da escola improdutiva. Um re-exame das relações entre educação e estrutura econômico - social capitalista***. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

GABRIEL, Carmen Teresa; MOEHLECKE, Sabrina. ***Conjuntura educacional: conexão de saberes: uma outra visão sobre o ensino superior***. Disponível em: <http://www.educacao.ufrj.br/revista/indice/numero2/artigos/smoehlecke.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2009.

HARPER, Babette ***et al. Cuidado, escola!*** Rio de Janeiro: Brasiliense, 1980.

ILLICH, Ivan. ***Sociedade sem escolas***. Petrópolis: Vozes, 1977.

MARMELSTEIN, George. ***Curso de direitos fundamentais***. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Guiomar Namo de. ***Políticas públicas de educação***. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v5n13/v5n13a02.pdf>. Acesso em 10 de agosto de 2009.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. "O Direito à Educação na Constituição de 1988 e seu re-estabelecimento pelo sistema de Justiça". ***Revista Brasileira de Educação***, São Paulo, v. 11, p. 61-74, 1999.

PIOVESAN, Flávia. ***Direitos Humanos e Justiça Internacional***. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANCHIS, Luis Prieto. "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial". ***In***: BARUFFI, Helder (org.). ***Direitos fundamentais sociais***. Dourados: EdUFGD, 2009, pp. 167-216.

SILVA, José Afonso da. ***Garantias Econômicas, política se jurídicas da eficácia dos Direitos Sociais***. Disponível em: <http://mundojuridico.adv.br>. Acesso em 10.02.2009.

10. ESTATUTO DA CIDADE: Do plano legal ao real – A longa trajeória rumo à ordenação do desenvolvimento local

Verônica Maria Bezerra Guimarães[217]*

1. Os desafios da construção do desenvolvimento local

O desenvolvimento do século XX provocou uma concentração da renda mundial como nunca se viu antes na história. Uma teoria do desenvolvimento deve explicar o processo de acumulação de capital, contudo não se deve resumir a esse aspecto.

Observa-se que as teorias do desenvolvimento em geral privilegiam aspectos quantitativos da economia, baseados em índices formais, como aqueles que indicam o produto interno bruto, o nível das exportações etc. Em face delas, os problemas sociais e ambientais se avolumam e são relegados a categorias inferiores, de um modo geral, os primeiros são vistos como solucionáveis a partir da garantia do desenvolvimento monetário e do pleno emprego e os segundos, como uma ameaça ao ideal do progresso econômico.

Pode-se identificar o direito 'ao' desenvolvimento e o direito 'do' desenvolvimento. A primeira vertente constitui um direito fundamental, de acordo com as Declarações de Direitos das Nações Unidas, como, por exemplo, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, relacionada ao desenvolvimento econômico, social, cultural e político. Já a segunda vertente direciona-se às normas jurídicas internacionais ou nacionais destinadas a garantir aquelas conquistas[218]. Esse debate perpassa a

217 * Mestre em Direito Público pela UFPE. Professora de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD.
218 W.P.A. Souza, ***Primeiras linhas de Direito Econômico***, 4. ed., São Paulo, LTR, 1999, pp. 405-6.

questão da opção pelo desenvolvimento, ou seja, da política a ser adotada para que ele possa ser alcançado. Discute-se, portanto, o tipo de desenvolvimento.

Alguns autores estabelecem diferenças entre desenvolvimento e crescimento.[219] F. Nusdeo[220] reconhece que o desenvolvimento "envolve uma série infindável de modificações de ordem qualitativa e quantitativa, de tal maneira a conduzir a uma radical mudança de estrutura da economia e da própria sociedade do país em questão". Enquanto que o crescimento refere-se ao "aumento da renda e do PIB, porém sem implicar ou trazer uma mudança estrutural mais profunda".

Mas como avaliar o progresso de um dado local? Inicialmente, a base adotada foi através do PIB[221]. Então eram considerados 'desenvolvidos' aqueles países cujo PIB crescesse satisfatoriamente num dado período. No entanto, a mensuração do desenvolvimento revela maiores complexidades. O crescimento a qualquer custo para atingir metas de PIB pode revelar sérias implicações em outros setores nos quais esse indicador não tem alcance. Tal fato ocorre em relação aos indicadores sociais ou de qualidade de vida e também aos ambientais. O que levanta firmes

219 W.P.A. Souza (***Primeiras linhas..., op. cit., p. 404***) ao tratar de desenvolvimento e crescimento afirma que podem, "ambos incluir-se, sem qualquer confusão, na idéia de 'progresso'". Prossegue, ao esclarecer que: "O dado referencial, diferenciador, pode ser tomado, portanto, como a idéia de 'equilíbrio', a ele prendendo-se a de 'desequilíbrio'. No 'crescimento', tem-se o 'equilíbrio' das relações entre os componentes do todo, podendo haver o seu aumento quantitativo ou qualitativo, porém mantidas as proporções dessas relações. No 'desenvolvimento', rompe-se tal 'equilíbrio', dá-se o 'desequilíbrio', modificam-se as proporções no sentido positivo. Se tal se verificasse em sentido negativo, teríamos o retrocesso, a recessão, embora também como forma de 'desequilíbrio', pois igualmente rompida com o ***status quo ante***". Já H.N. Moisés (***Município-rede: Planejamento, desenvolvimento político e sustentabilidade. O município no século XXI: cenários e perspectivas***, São Paulo, CEPAM/ECT, 1999, p. 308-9) afirma que o crescimento está relacionado com aumento em quantidade, enquanto que o desenvolvimento implica mudança de qualidade. Por isso fala-se em crescimento populacional e desenvolvimento intelectual, cultural, político e social. Mas há uma interrelação entre ambos uma vez que os organismos geralmente se desenvolvem enquanto crescem.

220 F. Nusdeo, ***Curso de Economia: Introdução ao Direito econômico***, 2. ed., São Paulo, RT, 2000, pp. 347-48.

221 Segundo F. Nusdeo (***Curso de Economia..., op. cit.***, p. 294-95), "o produto bruto é o valor do conjunto de todos os bens e serviços produzidos por um sistema econômico ao longo de um dado período, normalmente um ano". Sendo computado apenas os bens finais. Existe uma diferenciação entre o PIB e o PNB dada através do "saldo da renda enviada ao resto do mundo a título de remuneração de fatores lá residentes e aquela dele recebida pela mesma razão. Em países como o Brasil o PIB é sempre maior do que o PNB, pois uma parte daquele corresponde ou foi gerada com fatores externos. Logo, dele deve ser deduzido o montante de renda remetida ao exterior para remunerá-los".

questionamentos sobre as políticas econômicas que priorizam a elevação do PIB às custas do desenvolvimento sócio-ambiental.

F. Nusdeo,[222] de forma coerente, acrescenta que: "o desenvolvimento econômico não é um fim em si, mas um meio, um grande e complexíssimo meio para se chegar ao objetivo final: a melhor qualidade de vida – para a qual o acesso a maior quantidade de bens de consumo direto é apenas um ingrediente".

Corroborando essa visão, Amartya Sen[223] analisa o desenvolvimento sob a perspectiva das liberdades humanas, contrastando-o com as visões mais restritas de desenvolvimento, como as que o identificam com o crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), o aumento de rendas pessoais, a industrialização, o avanço tecnológico ou a modernização social.

Para mensurar alguns desses aspectos, foi criado o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, em 1990, através de Mahbub ul Haq com a colaboração de Amartya Sen. As dimensões que computadas são: o PIB per capita (corrigindo-o para o poder de compra da moeda de cada país); a longevidade (expectativa de vida ao nascer) e a educação (analfabetismo e taxa de matrícula em todos os níveis de ensino). Todas possuem a mesma importância no índice, que varia de zero a um. O IDH tornou-se referência mundial e no Brasil tem sido utilizado pelos governos e instituições de pesquisa através do Atlas do Desenvolvimento Humano e do Índice de Desenvolvimento Humano Municipal - IDH-M[224].

Posteriormente, foram criados outros índices que ampliaram o leque dos indicadores, fornecendo uma visão mais completa da qualidade de vida. Dentre eles, destaca-se o Índice de Condições de Vida – ICV, que

222 F. Nusdeo, ***Curso de Economia..., op. cit.***, p. 356.

223 A. Sen, ***Desenvolvimento como liberdade***, São Paulo, Cia. das letras, 2000, p. 17.

224 Brasil, ***Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento***. ***Desenvolvimento Humano e IDH***. Disponível em: <www.pnud.org.br/idh>. Acesso em: 01 out 2004.

combina vinte e sete indicadores em seis sub-índices: educação, infância, trabalho, habitação, renda e longevidade.

Toda a discussão sobre desenvolvimento tem um impacto de maior vulto no nível local. É justamente nesse plano em que as ações cotidianas tomam assento. O tipo de desenvolvimento adotado mostra os seus reflexos mais profundos no local, pois é nesse espaço-tempo que a vida se concretiza.

É o lugar onde a verdadeira face do desenvolvimento pode ser revelada. Discute-se, então, o desenvolvimento para quê e para quem, o que pode demonstrar a sua matriz includente ou excludente, democrática ou anti-democrática, sustentável ou insustentável, dentre ouros fatores.

São muitas as dificuldades em se definir o que é o desenvolvimento local. Esse termo possui vários significados. É um desenvolvimento que não é exclusivo do 'local', por isso não pode ser definido na sua totalidade.

Os índices de desenvolvimento humano incorporaram novas dimensões, mas talvez não sejam suficientes para mensurar o desenvolvimento em toda a sua complexidade, até porque cada realidade apresenta as suas próprias características (e as nossas parecem ser bastante peculiares). Por isso, suas visões devem ser cada vez mais ampliadas e o núcleo da sua construção deve expor os conflitos (e as suas feridas), para deles extrair o mais genuíno caráter de desenvolvimento humano.

As dificuldades da sociedade atual precisam ser conhecidas, discutidas, reviradas e expostas. Para que a partir dessa catarse social possamos, verdadeiramente, construir uma nova sociedade que tenha condições de concretizar os princípios universais da igualdade e da justiça social.

Desta forma, o objetivo deste texto é discutir os elementos formadores do desenvolvimento em nível local, perante a realidade brasileira, partindo-se do pressuposto da complexidade que envolve a construção dos interesses locais e dos seus conflitos, na atualidade. Tem-se como ponto de partida a análise do contexto da Lei 10.257/01 - Estatuto da Cidade, trazendo à tona seus elementos formadores e ressaltando a sua

importância para o pleno desenvolvimento da cidade sob uma perspectiva crítica dos seus instrumentos e da sua implementação nos municípios brasileiros.

2. A formação do interesse local pela via democrática

Partindo-se do pressuposto que o desenvolvimento em nível local deve ser conduzido a partir da via democrática, é imprescindível, dentre outros aspectos, a implementação de um planejamento integral e de antigos e novos instrumentos urbanísticos, como os previstos no Estatuto da Cidade[225] (Lei Federal nº 10.257/01), como aqueles de ordem tributária, financeira, jurídica e política.

O Estatuto da Cidade supre a lacuna da regulamentação do capítulo da política urbana na Constituição Federal, traçando as diretrizes gerais, os objetivos e os instrumentos dessa política para os municípios brasileiros alcançarem as funções sociais da cidade e da propriedade. Sendo o Plano Diretor o instrumento básico para se atingir essas funções. Nesse contexto, o município passa a desempenhar um papel fundamental no desenvolvimento da política, do planejamento e da gestão urbana.

Os municípios foram erigidos à categoria de entes federativos, fato inédito no constitucionalismo brasileiro e, também, inigualável em relação aos demais países de organização federativa. Foi-lhes destinado, por força da Constituição Federal, um campo próprio de atuação[226].

225 Os instrumentos previstos no Estatuto, de acordo com o art. 4º, são de natureza planificadora (planos nacionais, regionais, estaduais, metropolitanos e municipais); institutos tributários e financeiros (IPTU, contribuição de melhoria, incentivos e benefícios fiscais e financeiros); institutos jurídicos e políticos (como desapropriação; servidão e limitações administrativas; tombamento; unidade de conservação; zonas especiais de interesse social; concessão de direito real de uso e uso especial para fins de moradia; parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; usucapião especial de imóvel urbano; direito de superfície, de preempção; outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; transferência do direito de construir; operações urbanas consorciadas; regularização fundiária; assistência técnica e jurídica para os menos favorecidos; referendo popular e plebiscito; estudo prévio de impacto ambiental e de vizinhança).

226 Há muitos entusiastas do municipalismo brasileiro, dentre eles, H.L. Meirelles (***Direito municipal brasileiro***, 11. ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 42), que apesar de reconhecer a importância do município, observa a dificuldade de operacionalização da sua autonomia no plano concreto, que muitas vezes tem o seu conteúdo esvaziado. Somando-se a essa reflexão P. Bonavides (***Curso de Direito constitucional***, 10. ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 314) afirma que "não conhecemos

A autonomia municipal consiste na capacidade ou no poder de gerir determinados setores (administrativo, político, normativo e financeiro) num âmbito prefixado. Excluindo-se as limitações e determinações jurídicas, impostas pela Constituição Federal e pela Constituição Estadual, resta um espaço de autodeterminação municipal, no qual se constitui a autonomia. Paulo Bonavides[227] fala da garantia institucional do 'mínimo intangível' na autonomia municipal que corresponde a um núcleo central e inviolável, a um espaço autônomo mínimo que deve ser preservado da ingerência normativa do Estado-membro.

O modelo de descentralização do poder, que é próprio da federação, é um forte instrumento para o exercício da democracia participativa nos Estados modernos, nos quais o cidadão pode exercer mais de perto o controle das decisões políticas que lhes são destinadas. Além disso, as unidades da federação podem servir de 'laboratórios' de gestão e políticas públicas em diversas áreas, sem comprometerem as demais, de modo que as experiências positivas verificadas poderão ser adotadas ou adaptadas para as demais.[228]

No Brasil, a descentralização passou a ser entendida como sinônimo de democracia. Embora possuam uma forte ligação, é importante diferenciar os seus sentidos. De plano observa-se que "é lícito afirmar que a noção de democracia diz respeito à natureza do envolvimento dos indivíduos na gestão da vida coletiva. A descentralização, por sua vez, diz

uma única forma de união federativa contemporânea onde o princípio da autonomia municipal tenha alcançado grau de caracterização política e jurídica tão alto e expressivo quanto aquele que consta da definição constitucional do novo modelo implantado no País com a Carta de 1988, a qual impõe aos aplicadores de princípios e regras constitucionais uma visão hermenêutica muito mais larga tocante à defesa e sustentação daquela garantia".

227 P. Bonavides, ***Curso de Direito constitucional***, op. cit., pp. 320-21.

228 A esse respeito, assim se refere P.J.L. Farias (***Competência federativa e proteção ambiental***, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 32): "As decisões centrais afetam de imediato todas as pessoas em todos os lugares. Ocorre que uma regulamentação detalhista ao extremo não pode ser adequada para cada região ou para cada lugar. Em comparação, a autonomia administrativa municipal e estadual é criativa e capaz de adaptações. Ela pode cometer erros, mas estes produzem efeitos restritos à esfera local e, podem, quase sempre, ser corrigidos com relativa rapidez..."

respeito à forma pela qual tal envolvimento pode ocorrer"[229]. São, portanto, questões conceituais diferentes, porém unidas pelo liame da participação.

Na Constituição Federal de 1988, a repartição das competências legislativas oferece muitas potencialidades aos Municípios, em particular através do art. 30. Esses entes são fortalecidos pelo exercício dessas competências, já que têm ampliado o número de possibilidades para legislarem em causas do seu interesse, favorecendo, assim, a descentralização federativa.

O interesse local é o ponto essencial da autonomia do município. A fixação desse conceito é importante para a concretização da competência municipal. Reside na limitação das competências legislativas, que, por sua vez, delimita o campo das responsabilidades pela prestação dos serviços públicos dela decorrentes.

A expressão ***interesse local***, presente no texto constitucional de 1988, substituiu a anterior, denominada de peculiar interesse, introduzida pela Constituição de 1891. Inclusive, alguns autores já utilizavam a expressão: ***peculiar interesse local ou municipal***, antes da atual Constituição[230].

O termo interesse local é vago e pouco esclarecedor. A dificuldade de conceituá-lo não é minorada pela doutrina especializada, que raramente enfrenta questões práticas e, se repete em ratificar a predominância de um ou alguns aspectos relevantes. Em geral, se limita a indicá-lo como sendo um interesse de predominância e não de exclusividade local[231].

---

229 M. Arretche, "A descentralização como condição de governabilidade: Solução ou miragem?", ***Espaço & Debates***, São Paulo, ano XVI, n. 39, 1996, p.78.

230 Como, por exemplo, J.L. Teixeira Nº, "O peculiar interesse municipal", ***Revista de Direito Público***, São Paulo, n. 64, 1982, p. 209; e C.R. Bastos, Curso de Direito Constitucional, 16. ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 276.

231 Nesse sentido, por exemplo, J.A. Silva, ***Curso de direito constitucional positivo***, 10. ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 454; H.L. Meireles, ***Direito municipal brasileiro, op. cit.***, pp. 107-109, pp. 131-2, p. 279; A.A. Dallari, "Autonomia municipal na Constituição Federal de 1988", ***Cadernos de Direito Municipal – Revista de Direito Público***, São Paulo, n. 97, 1991, p. 236); M.C.S. Pires, "Autonomia municipal no Estado brasileiro", ***Revista de Informação Legislativa***, Brasília, ano 36, n. 142, abr/jun 1999, p. 156. E, ainda, C.B. Bastos (***Curso de Direito Constitucional***, 16. ed., São Paulo, Saraiva, 1994, p. 275), que afirma "Interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de ordem lógica: sendo o município parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte do todo acresce a este próprio todo. Os interesses locais dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor

Apesar das dificuldades em relação ao sentido e alcance concreto do "interesse local", é preferível esta fórmula, a uma enumeração legal dessa matéria em nível constitucional[232], pois, uma padronização violentaria a diversidade de aspectos dos municípios brasileiros. Obstruindo, desta forma, o exercício da autonomia municipal. Este entendimento foi acolhido pelo constituinte de 1988, rejeitando, assim, a técnica das competências explícitas.

Todavia, A.J. Krell[233] acredita que uma exemplificação do interesse municipal no nível de cada Estado-membro seria mais viável. Inclusive, porque "não pode caber somente aos entes locais o traçado das linhas divisórias entre as suas atribuições e as tarefas do Estado e da União. O Município, sozinho, não é capaz de delimitar as responsabilidades pela execução dos serviços públicos e de definir o conteúdo do seu interesse local".

É louvável que algumas leis municipais definam o que seja de seu interesse local,[234] para não restar dúvidas sobre a matéria de sua atuação. Evitando, ainda, atuações vacilantes do poder público através de vazios legislativos ou até mesmo sobreposição de competências com dupla oneração para os cofres públicos.

No entanto, algumas questões podem assumir um caráter regionalizado, ao envolver mais de um Município ou até mesmo, mais de um Estado. Por isso, uma lei municipal que define o seu interesse local deve ser interpretada de modo sistemático com as leis e princípios estaduais e federais, evitando, assim, dissonâncias.

A Lei Orgânica, que tem um verdadeiro caráter de constituição municipal, pode constituir-se num valioso instrumento legal para a fixação

repercussão, com as necessidades gerais".

232 Nesse sentido, J.L. Teixeira Nº ("O peculiar interesse municipal", ***op. cit.***, p. 213), afirma ser inviável uma listagem prévia, caso contrário, comprometeria a elasticidade do conceito e a sua evolução devido à dinâmica dos problemas urbanos atuais.

233 A.J. Krell, "Subsídios para uma interpretação moderna da autonomia municipal na área da proteção ambiental", ***Interesse Público***, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 10, abr/jun 2001, p. 33.

234 Como a Lei Municipal de Curitiba nº 7.833 de 19.12.91.

da atuação local nos mais diversos setores. São inúmeros os desafios do 'local' e, para enfrentá-los, município poderá dispor sobre toda a matéria referente ao seu interesse, desde que respeite o sistema geral de competências constitucionais. Na construção do seu sentido, devem ser levados em consideração vários aspectos, para serem ponderados na hora da decisão política ou jurisdicional.

Na busca de um conceito de interesse local, é importante verificar a realidade a que ele se destina. Já que a experiência humana é localizada e ocorre num quadro espaço-temporal, como o da cidade[235].

Interesses locais e regionais podem se entrelaçar, por isso o conceito de interesse local deve ser flexível, permitindo uma adaptação do seu sentido no tempo. De acordo com Machado,[236] "O interesse local – inserido no Município – não poderá ser anulado pelos interesses que o envolvem em escala maior, mas levado em conta no balanceamento dos interesses".

E, por fim, outro tema recorrente e importante a ser lembrado é a integração do planejamento local com as demais esferas internas, como a metropolitana, a estadual e a nacional, que por serem mais amplas fornecem uma visão integral dos problemas que afligem o âmbito municipal. Mas para que isso seja viabilizado é necessária uma nova engenharia institucional, que envolva a cooperação entre os entes envolvidos.

É observável que na prestação de atividades administrativas, os órgãos públicos, geralmente, não estabelecem um diálogo harmônico, de modo a evitar superposições de funções, ações colidentes ou ineficazes e omissões administrativas. Isso compromete a qualidade da prestação do serviço e resulta num processo de irracionalidade de gastos públicos. Por isso, é um desafio o sistema federativo cooperativo ser operacionalizado.

Assuntos de interesse comum entre os diversos entes estatais devem ser realizados de modo coordenado. O federalismo cooperativo,

235 A. Bourdin, ***A questão local***, Rio de Janeiro, DP&A, 2001, p. 87.

236 P.A.L. Machado, ***Direito ambiental brasileiro***, 8. ed., São Paulo, Malheiros, 2000, p. 190.

preconizado no parágrafo único do artigo 23 da CF, pode ser alcançado através de ações coordenadas entre os entes federativos, o que pode ser facilitado pela celebração de convênios e consórcios administrativos. Há previsão desse instituto no art. 241 da CF, que voltou a integrar o texto constitucional através da EC nº 19, de 1998, já que no texto original de 1988 não havia menção expressa a esse respeito.

3. Estatuto da Cidade: contexto e perspectivas

A evolução histórica do Projeto de lei 5.788/90[237] que culminou na aprovação da Lei 10. 257/01 se assemelha muito aos conflitos urbanos que marcaram o período no Brasil. Foram onze anos para que pudesse ser aprovada a lei ordinária federal, denominada "Estatuto da Cidade", que visa a garantir o desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

O Estatuto da Cidade supre a lacuna da regulamentação do capítulo da política urbana na Constituição Federal, traçando as diretrizes gerais, os objetivos e os instrumentos dessa política para os municípios brasileiros. Nesse contexto, o município passa a desempenhar um papel fundamental no desenvolvimento da política, do planejamento e da gestão urbana.

A Constituição Federal de 1988, tida como Constituição Cidadã, incorporou vários direitos fundamentais de uma forma inédita, inclusive com um capítulo sobre a "política urbana" através dos artigos 182 e 183, além de vários outros dispositivos esparsos que podem ser aplicados direta ou indiretamente em relação ao tema. A matéria sobre urbanismo passa a ser de competência concorrente, no plano legislativo, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, conforme os arts. 24, I; 30, I e

237 Antes mesmo desse Projeto, outras propostas haviam sido feitas, como os projetos de lei 775/83 e o substitutivo 2.191/89, que não lograram êxito. Sobre o histórico dos projetos que antecederam o Estatuto da Cidade, conferir o artigo de M. Moreira, "A história do Estatuto da Cidade", ***in*** A.A. Dallari & S. Ferraz, Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/01, São Paulo, Malheiros, 2002.

II da CF e, no aspecto administrativo, de acordo com os arts. 21, IX e 23 também da CF.

A aprovação do Estatuto da Cidade tem uma importância significativa para a construção de cidades que sejam mais justas. Observa-se que o Brasil do século XXI é um país essencialmente urbano que acumulou em quase sessenta anos de industrialização uma série de consequências advindas de um desenvolvimento que tem privilegiado o crescimento econômico em detrimento dos investimentos sociais e da proteção ambiental. O desnivelamento desses fatores tem aprofundado as desigualdades, cujo reflexo nas cidades tem revelado a face da pobreza, da falta ou insuficiência de oportunidades na educação, no emprego, na moradia digna e no acesso a outros bens e serviços públicos essenciais a sadia qualidade de vida.

4. Aspectos caracterizadores do Estatuto da Cidade

O Estatuto abrange uma série de princípios, objetivos e diretrizes para se alcançar a função social da cidade e da propriedade. Mas para que alguns desses instrumentos sejam postos em prática é necessário que os municípios formulem os seus planos diretores e, consequentemente, as demais normas de execução. Por isso, o plano é tido como um ato-condição para a implementação dos instrumentos trazidos no Estatuto da Cidade[238].

Seguindo o entendimento de Nelson Saule Jr.[239], "as funções sociais da cidade estarão sendo desenvolvidas de forma plena quando houver redução das desigualdades sociais, promoção da justiça social e melhoria da qualidade de vida urbana". Os seus elementos balizadores foram normatizados através do art. 2° do Estatuto da Cidade[240].

238 J.A. Câmara, "Plano Diretor", in A.A. Dallari & S. Ferraz, ***Estatuto da Cidade, op. cit.***, p. 310

239 N. Salle Jr., ***Novas perspectivas do Direito Urbanítico Brasileiro: Ordenamento constitucional da política urbana, aplicação do plano diretor,*** Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 61.

240 Devido a brevidade desse trabalho, não será possível um maior detalhamento das diretrizes gerais para se alcançar as

Já o texto constitucional determina, no seu art. 182, § 2º, que os pressupostos para se atingir a função social da propriedade deverão estar delineados nos planos diretores. Esses, por sua vez, deverão englobar o território do município como um todo, inclusive, uma das diretrizes de ordenação do território é a integração e complementariedade entre as atividades urbanas e rurais. O Estatuto ampliou o rol das circunstâncias obrigatórias para os municípios que deverão ter planos diretores[241].

Os instrumentos previstos no Estatuto, de acordo com o art. 4º, são de natureza planificadora (planos nacionais, regionais, estaduais, metropolitanos e municipais); institutos tributários e financeiros (IPTU, contribuição de melhoria, incentivos e benefícios fiscais e financeiros); institutos jurídicos e políticos (como desapropriação; servidão e limitações administrativas; tombamento; unidade de conservação; zonas especiais de interesse social; concessão de direito real de uso e uso especial para fins de moradia; parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; usucapião especial de imóvel urbano; direito de superfície, de preempção; outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; transferência do direito de construir; operações urbanas consorciadas; regularização fundiária; assistência técnica e jurídica para os menos favorecidos; referendo popular e plebiscito; estudo prévio de impacto ambiental e de vizinhança).

Alguns desses instrumentos não são novidade no ordenamento jurídico, mas o Estatuto, com sua visão integral, veio a melhor sistematizá-

funções sociais da cidade, por isso, optou-se por comentários pontuais e contextualizados no decorrer do texto. Para um maior aprofundamento do tema, conferir o texto de C.A. Sundfeld, "O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais", in A.A. Dallari & S. Ferraz, Estatuto da Cidade, op. cit., pp. 45-60.

241 A atual CF, no seu art.182, § 1º, prevê que, apenas os municípios com mais de 20.000 habitantes deverão aprovar esse instrumento, mas o Estatuto estende essa obrigatoriedade para aqueles municípios que integrem regiões metropolitanas e aglomerações urbanas; onde a municipalidade pretenda utilizar os instrumento previstos no § 4º do art. 182 da CF; que integrem áreas de especial interesse turístico e aqueles inseridos em área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional, conforme o art. 41 do Estatuto. Nos dois primeiros casos, o prazo para que o município que, ainda, não tiver plano diretor é de cinco anos a contar da data em que entrou em vigor o Estatuto. E, aqueles municípios que tiverem plano diretor com mais de dez anos deverão revê-los, de modo a se adequarem ao novo tratamento previsto no Estatuto, sob pena dos agentes públicos responsáveis incorrerem nos atos de improbidade administrativa previstos na lei 8.429/92.

los, dando-lhes uma roupagem mais adequada aos interesses sociais que permeiam o seu sentido. Além disso, definiu melhor o contorno de alguns instrumentos, dedicando-lhes seções específicas e boa parte do seu texto (previsto do art. 5º ao art. 42). Quanto à regulamentação em nível federal desses instrumentos, é necessário fazer uma integração com algumas legislações de natureza civil, administrativa e ambiental.

A concepção de cidade e planejamento presente no Estatuto da Cidade revela um marco regulatório bastante complexo, pois a aplicação dos seus instrumentos requer interferências nos poderes legislativo, executivo e judicial, além das esferas federal, estadual e municipal, bem como da sociedade civil. A implementação do Estatuto necessita de vários rearranjos políticos e sociais[242].

Um dos elementos norteadores do Estatuto para a incorporação dos instrumentos urbanísticos bem como para a sua concretização é a gestão democrática da cidade por meio da participação da população e de associações representativas dos diversos segmentos sociais, conforme os vários dispositivos espalhados pelo texto do Estatuto, em particular, os arts. 2º, II; 4 º, III, f e 43 a 45. Sobre esse aspecto, quem teria condições de exercer uma responsabilidade cidadã quanto à gestão urbana? Diante desse questionamento, Tânia Bacelar[243] ressalta que a falta de cidadania afeta boa parte da sociedade urbana brasileira devido à tradição das nossas elites que negociam os direitos nos gabinetes, de modo a sufocar os conflitos sociais. Por isso, é preciso romper com essa tradição patrimonialista com debates, audiências, conferências, capacitação, informação e mobilização de agentes para a cidadania.

242 Brasil, ***Estatuto da cidade: Guia para implementação pelos municípios e cidadãos***, 2. ed., Brasília, Câmara dos Deputados/Coordenação de Publicações, 2002, p. 37.

243 T. Bacelar, "Gestão democrática da cidade e a lei 10.257/01", ***Revista da Secretaria de Assuntos Jurídicos***, Recife, Prefeitura do Recife, n. 9, jan/jun 2002, pp. 17-26.

5. Desafios à implementação do Estatuto da Cidade

Frequentemente, afirma-se que uma boa parte dos problemas urbanos dá-se pela ausência de planejamento. Conforme a análise de Ermínia Maricato[244]: o aparato normativo exagerado e detalhista convive com uma flexibilidade na sua aplicação. Há um verdadeiro laissez-faire na chamada cidade ilegal (que é representada pela exclusão urbanística). A ineficácia dessa regulação é um dos instrumentos do exercício arbitrário do poder para favorecer alguns grupos corporativos.

Verifica-se que não foi a falta de planos e/ou leis urbanísticas que levaram algumas cidades brasileiras a um certo caos urbano e, sim, a falta de uma visão integral dessas normas (o próprio Estatuto da Cidade propõe uma simplificação da legislação, conforme o art. 2º, XV); de adequação a realidade e a capacidade de colocá-las em prática.

É importante, também, uma integração do planejamento local com as demais esferas, como a metropolitana, a estadual e a nacional, que por serem mais amplas fornecem uma visão integral dos problemas que afligem o âmbito municipal. Mas para que isso seja viabilizado é preciso uma nova engenharia institucional, que envolva a cooperação entre os entes envolvidos, conforme preceitua o art. 2º, III do Estatuto da Cidade.

Tradicionalmente, as leis no Brasil têm cumprido um papel meramente formal. Como se as normas jurídicas fossem solucionar de vez os conflitos sociais. Uma vez editadas, não se tem tido muito compromisso de torná-las "vivas". Essa realidade precisa mudar urgentemente.

Observa-se, também, que as leis que protegem os interesses coletivos e difusos (dentre os quais, os urbanísticos) da sociedade são muito mais avançadas do que o próprio alcance dos seus destinatários. O que faz perpetuar o ciclo de ineficácia, revelando o abismo entre o legal e o real.

---

244 E. Maricato, "As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias: Planejamento urbano no Brasil", ***in*** O. Arantes et al., ***A cidade do pensamento único: Desmanchando consensos***, 3. ed., Petrópolis, RJ, Vozes, 2000, pp. 147-8.

O processo de urbanização brasileiro foi muito acelerado nas últimas cinco décadas e coincidiu com a derrocada de um período de ampla expansão econômica. Desta forma, as cidades passaram a retratar e reproduzir as injustiças e as desigualdades da sociedade. "O quadro de contraposição entre uma minoria qualificada e uma maioria com condições urbanísticas precárias é muito mais do que a expressão da desigualdade de renda e das desigualdades sociais: ela é agente de reprodução dessa desigualdade"[245].

Apesar de tudo, como afirma E. Maricato[246], referindo-se ao Estatuto: "não resta dúvida que a nova lei dá condições para a mudança histórica do direito da propriedade urbana e, portanto, para mudar o rumo do crescimento das cidades marcado pela desigualdade social".

O marco legal sobre a política urbana, que foi trazido pelo Estatuto, foi importante, mas é apenas o começo de uma trajetória. A conquista do Estatuto da Cidade só será plena quando se tornar realidade nas práticas administrativas cotidianas das cidades brasileiras. Para isso, é necessário, dentro do espírito da lei, ampliar os canais de participação social; aprovar as normas regulamentadoras principalmente o plano diretor, e buscar a qualidade técnico-administrativa das prefeituras municipais.

Referências

ARRETCHE, Marta. "A descentralização como condição de governabilidade: solução ou miragem?". ***Espaço & Debates***, São Paulo, ano XVI, n. 39, 1996, pp. 75-86.

BACELAR, Tânia. "Gestão democrática da cidade e a lei 10.257/01". ***Revista da Secretaria de Assuntos Jurídicos***. Recife: Prefeitura do Recife, n. 9, jan-jun/2002, p. 17-26.

245 Brasil, ***Estatuto da cidade: Guia para implementação pelos municípios e cidadãos***, op. cit., p. 23.

246 E. Maricato, ***Cidades: Alternativas para a crise urbana***, 2. ed., Petrópolis, RJ, Vozes, 2001, p. 113.

BASTOS, Celso Ribeiro. ***Curso de Direito Constitucional***. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

BONAVIDES, Paulo. ***Curso de Direito constitucional***. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOURDIN, Alain. ***A questão local***. Rio de Janeiro: DP&A, 2001.

BRASIL. ***Estatuto da cidade: guia para implementação pelos municípios e cidadãos***. 2. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

BRASIL. ***Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Desenvolvimento Humano e IDH***. Disponível em: <www.pnud.org.br/idh>Acesso em: 01 out 2004.

CÂMARA, Jacintho Arruda. "Plano Diretor". In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio. ***Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/01***. São Paulo: Malheiros, 2002.

DALLARI, Adílson Abreu. "Autonomia municipal na Constituição Federal de 1988". ***Cadernos de Direito Municipal – Revista de Direito Público***, São Paulo, n. 97, p. 231-8, 1991.

FARIAS, Paulo José Leite. ***Competência federativa e proteção ambiental***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. "Subsídios para uma interpretação moderna da autonomia municipal na área da proteção ambiental". ***Interesse Público***, Sapucaia do Sul, ano 3, n. 10, p. 27-42, abr./jun. 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. ***Direito ambiental brasileiro***. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARICATO, Ermínia. ***Brasil, Cidades: alternativas para a crise urbana***. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

_____. "As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias: planejamento urbano no Brasil". In: ARANTES, Otília et al. ***A cidade do pensamento único: Desmanchando consensos***. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. ***Direito municipal brasileiro***. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOISÉS, Hélvio Nicolau. ***Município-rede: planejamento, desenvolvimento político e sustentabilidade. O município no século XXI: cenários e perspectivas***. São Paulo: CEPAM, ECT, 1999.

MOREIRA, Mariana. "A história do Estatuto da Cidade". In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio. ***Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/01***. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUSDEO, Fábio. ***Curso de Economia: introdução ao Direito econômico***. 2. ed. São Paulo:RT, 2000.

PIRES, Maria Coeli Simões. "Autonomia municipal no Estado brasileiro". ***Revista de Informação Legislativa***, Brasília, ano 36, n. 142, abr./jun. 1999.

SAULE JÚNIOR, Nelson. ***Novas perspectivas do Direito Urbanítico Brasileiro: ordenamento constitucional da política urbana, aplicação do plano diretor***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

SEN, Amartya. ***Desenvolvimento como liberdade***. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. ***Curso de direito constitucional positivo***. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. ***Primeiras linhas de Direito Econômico***. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. "O Estatuto da Cidade e suas diretrizes gerais". In: DALLARI, Adilson Abreu, FERRAZ, Sérgio. ***Estatuto da Cidade: comentários à Lei Federal 10.257/01***. São Paulo: Malheiros, 2002.

TEIXEIRA NETO. João Luiz. "O peculiar interesse municipal". ***Revista de Direito Público***, São Paulo, n. 64, p. 207-14, 1982.

11. SOBRE UMA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DA ÁREA JURÍDICA

Wanise Cabral Silva[247]*

Introdução

Este artigo tem a pretensão de traçar algumas considerações sobre "uma hermenêutica filosófica", tendo como base a obra "Verdade e Método", de Hans-Georg Gadamer. Desta forma, para que se possa alcançar o fim pretendido, o trabalho será dividido em três partes:

I) na primeira parte do texto, considerar-se-á sobre as concepções e alcance do termo hermenêutica, bem como sobre a evolução deste conceito. Para tanto, utilizaremos as obras de Richard Palmer, Jean Grodin, Margarida Camargo, Benedito Nunes, dentre outros;

II) na segunda, trataremos sobre a hermenêutica filosófica, abordando de forma principal a obra de Hans-Georg Gadamer;

III) na terceira parte, o objetivo será verificar a importância da hermenêutica filosófica para o Direito. Desta maneira, seguiremos por um novo caminho, aberto por Heidegger e Gadamer, trilhado por Lenio Streck em ***Hermenêutica Jurídica e (em) Crise***.

> ***A leitura do mundo precede sempre a leitura da palavra e a leitura desta [da palavra] implica a continuidade da leitura daquele [do mundo]***[248]
> ***(Freire, 1982)***

247 * Professora Adjunta de da FADIR-UFGD. E-mail: wanisecabral@hotmail.com.

248 P. Freire, ***A importância do ato de ler***, São Paulo, Cortez, 1981.

I) Concepções e alcance do termo "hermenêutica[249]" Evolução do seu conceito

1.1. Hermeneuein e Hermeneia: o significado moderno do seu antigo uso

O homem, na sua inquietude, busca entender o mundo que o cerca. E para decifrar os mistérios do universo o homem tenta conhecê-lo. E, na sua pretensão, busca conhecer a totalidade: "[...] agora, vemos por espelho em enigma; mas, então, veremos face a face; agora conheço em parte, mas, então, conhecerei como também sou conhecido".[250] Mas para conhecer é mister, antes de tudo, saber interpretar. Assim, procura desvendar os segredos traduzindo-os. A existência humana, e tudo que a cerca, carece de sentido. Logo, buscar o conhecimento é vital para o homem.

O homem sempre procurou conhecer. Este desejo é antigo e nos remete à mitologia grega, na qual encontramos a figura de Hermes, o deus que tudo sabe. Por isso, transmite toda ciência secreta. Assim, é da mitologia que provem a palavra Hermenêutica significando a interpretação.[251] Desta forma, nota Margarida Lacombe que a palavra hermenêutica tem a sua origem no deus da mitologia grega ***Hermes***, cuja tarefa principal era traduzir e interpretar a vontade dos deuses e dos homens. A missão

249 J. M. Besse & A. Boissiere notam em ***Precises de Philosophie*** (Paris: Nathan, 1998, p. 52-53), traduzido por A. Gomes em www.terravista.pt/ancora/2254/hermeneut.htm#Dilthey que: A hermenêutica é a arte de compreender, de interpretar, de traduzir de maneira clara signos inicialmente obscuros. A primeira função da hermenêutica foi entregar aos profanos o sentido de um oráculo. A hermenêutica progressivamente penetrou no domínio das ciências humanas e da filosofia. A hermenêutica é, originariamente, uma disciplina filológica, isto é, uma técnica de leitura, orientada para a compreensão das obras da Antigüidade clássica (Homero) e dos textos religiosos (a Bíblia). As operações filológicas de interpretação desenvolvem-se em função de regras rigorosamente determinadas: explicações lexicais e gramaticais, retificação crítica dos erros dos copistas, etc., e ainda interpretação alegórica e moral destinada a colocar em destaque o caráter de exemplaridade do texto. O horizonte desta técnica é o da restituição de um texto ou de uma palavra, mais fundamentalmente de um sentido, considerado como perdido ou obscurecido. Numa tal perspectiva, o sentido é menos para construir do que para reencontrar, como uma verdade que o tempo teria encoberto.

250 Bíblia Sagrada, I Coríntios 13:12, São Paulo, Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

251 J.B. Hercenhoff, ***Como aplicar o direito***, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 05

de ***Hermes*** era "trazer o desconhecido e inteligível para a linguagem dos homens".[252]

Richard Palmer observa, ainda, que as raízes do termo ***hermenêutica*** residem no verbo grego ***hermeneuein*** (interpretar), e no substantivo ***hermeneia*** (interpretação). Palmer destaca que ambos os termos aparecem inúmeras vezes em textos da Antiguidade. Sendo que "Aristóteles no Organon considerou que o tema merecia um tratado importante, o famoso ***Peri hermeneias***, 'Da interpretação'".[253]

Quanto ao processo de "tornar compreensível", Palmer destaca três orientações da palavra hermenêutica, no seu antigo uso, são elas: 1) exprimir em voz alta, "dizer"; 2) explicar e 3) traduzir. Não obstante, os três significados possam ser expressos pôr um único verbo "interpretar", este terno pode referir-se a três usos diversos e, respectivamente, podem significar: uma recitação oral; uma explicação racional e uma tradução de outra língua.[254]

A primeira orientação, "dizer", relaciona-se, segundo Palmer, com a função anunciadora de Hermes. Etimologicamente, do ponto de vista da teologia, o termo herme se aproxima do latim ***sermo***. E tal qual um sacerdote, a função de ***Hermes*** não é meramente explicar, mas sim proclamar.[255]

Quanto à segunda orientação de hermenêutica, ***explicar***, Palmer observa que esta dá ênfase ao aspecto discursivo da compreensão. Sendo assim, destaca a sua importância, pois as palavras não se limitam a dizer algo, elas explicam, racionalizam e clarificam algo.[256]

Hermenêutica pode significar, ainda, "traduzir". E, nesse sentido, tal como o deus Hermes, o tradutor e um mediador entre um mundo e outro, entre dois mundos diferentes.

---

252 M.L.C. Lacombe, ***Hermenêutica e Argumentação – Uma contribuição ao estudo do direito***, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p.21.

253 R.E. Palmer, ***Hermenêutica***, Lisboa: 70, [s.d.], p. 23.

254 ***Ibid.***, p.24/25.

255 ***Ibid.***, p. 25.

256 ***Ibid.***, p. 30.

No que concerne a essas três orientações relativas à palavra hermenêutica, Lacombe desta que "Explicar torna-se mais importante do que simplesmente expressar, na medida em que as palavras racionalizam e clarificam algo; e quando ganha ênfase o aspecto discursivo da compreensão".[257]

1.2. Definições modernas de hermenêutica

Um consenso sobre o conceito de hermenêutica não é algo simples de se obter, tanto é assim que Palmer apresenta seis[258] definições diferentes para esse termo. Assim, nota que o campo da hermenêutica tem sido interpretado como:

> "1) uma teoria da exegese bíblica; 2) uma metodologia filológica geral; 3) uma ciência de toda a compreensão linguistica; 4) uma base metodológica dos ***Geisteswissenschaften***; 5) uma fenomenologia da existência e da compreensão existencial; 6) sistemas de interpretação".[259]

Palmer observa, porém, que todos esses adjetivos são de certa forma precários para explicar a complexidade das diferentes abordagens. Nesse sentido, nota, por exemplo, que a hermenêutica bíblica tem muitas outras orientações diferentes; só no século dezoito incluía a gramática, a histórica, o pietismo e outras escolas. Desta forma, analisaremos, a seguir, de forma breve, cada uma dessas.

257 M.L.C. Lacombe, ***op. cit.***, p 22. 11 R.E. Palmer, ***op. cit.***, p. 43.

258 Para fins deste trabalho, abordaremos as cinco primeiras ate ser alcançada a Hermenêutica em H-G Gadamer.

259 R.E. Palmer, ***op. cit.***, p. 43.

1.2.1. Hermenêutica como teoria da exegese bíblica[260]

Palmer observa que o significado mais antigo do termo hermenêutica está ligado à interpretação dos textos bíblicos e surgiu justamente da necessidade de uma exegese adequada das Escrituras.[261] Apesar do termo hermenêutica datar do século XVII, as operações de exegese vêm desde a Antiguidade e na exegese bíblica remonta aos tempos do Antigo Testamento, quando havia regras para se interpretar de forma adequada a ***Tohah***. Ganhando a hermenêutica, assim, um importante papel na seara religiosa.

Lacombe destaca, ainda, que "o problema de interpretar corretamente a palavra de Deus era comum ao povo judeu em relação ao Antigo Testamento; aos cristãos, ao Novo Testamento; e, aos protestantes, em relação à Reforma".[262] Nesse sentido, Palmer percebe que "existe uma relação hermenêutica importante entre o Novo e o Antigo Testamento, pois Jesus explica-se a si próprio aos Judeus, em termos de profecia bíblica".[263] Desta maneira, a despeito da não existência do termo hermenêutica, a "teologia" já se encontrava em ação, e "enquanto interprete histórica da mensagem bíblica, é já hermenêutica". Assim, a hermenêutica é o sistema que o interprete tem para encontrar o significado oculto do texto.[264]

---

260 J. M. Besse & A. Boissiere (op. cit.). afirmam que: A hermenêutica cristã atribui-se a tarefa de restituir o sentido oculto da Bíblia. É assim que, a partir da Idade Média, se constitui a distinção de quatro níveis de significação, cuja exegese deve permitir aos fiéis aceder a uma verdadeira compreensão da mensagem divina: o sentido literal, ou sentido histórico, que circunscreve a significação primeira das palavras e estabelece os dados fatuais; o sentido alegórico, onde se restitui o conteúdo espiritual escondido sob a letra, onde se revela que os textos sagrados dizem uma coisa diferente da que dizem à primeira vista; o sentido tropológico, ou moral, impõe-se a partir do momento em que a Bíblia é escolhida como livro de vida, quer dizer, orientado para a conversão do coração; o sentido anagógico, ou místico, que reenvia para o movimento da alma em direção à transcendência, para o além, e a inscreve no horizonte da salvação, que constitui as raízes da doutrina cristã. Entretanto, este percurso dos diferentes planos de significação não é uma simples técnica de leitura. Deve ser ainda entendido como o aprofundamento de um exercício de meditação no seio do qual o leitor, que é também um fiel, acede progressivamente à compreensão da palavra divina.

261 R.E. Palmer, op. cit., p. 44.

262 M.L.C. Lacombe, op. cit., p. 22.

263 R.E. Palmer, op. cit., p. 45.

264 ***Ibid.***, p. 46.

1.2.2. A hermenêutica como metodologia filológica

Palmer constata que a hermenêutica bíblica sofreu uma profunda modificação com o desenvolvimento do racionalismo e com o advento da filosofia clássica no século XVIII. O desafio encontrado nesse momento era tornar a Bíblia relevante para o homem racional do Iluminismo. E desde então, os métodos de investigação da Bíblia têm estado sempre ligados à filologia. Desta forma, o termo "hermenêutica bíblica" substituiu a de hermenêutica como referencia a teoria da exegese bíblica.[265]

1.2.3. A hermenêutica como ciência da compreensão linguística

Com Scleirmacher,[266] a hermenêutica deixa de ser disciplinar para ganhar um caráter geral e pela primeira vez a hermenêutica define-se a si mesma como estudo da sua própria compreensão. Segundo Palmer, esta nova concepção decorre do fato de Scleirmacher ter "repensado a hermenêutica como 'ciência' ou 'arte' da compreensão".[267]

Apesar de Scleirmacher nunca ter escrito um tratado sistemático sobre interpretação (seus textos eram esparsos) na sua obra conjuga-se: a noção de mundo histórico, a filosofia clássica e a teologia protestante. E graças a ele a hermenêutica passou a ser o fundamento de todas as ciências históricas e não somente da teologia.[268]

---

265 R.E. Palmer, ***op. cit.***, p.49.

266 J. M. Besse & A. Boissiere (***Op. Cit.***) observam que: No início do século XIX, com o teólogo protestante Friedrich Schleiermacher (1768-1834), assiste-se a uma generalização do uso da hermenêutica. Esta, embora conservando os seus laços privilegiados com os estudos bíblicos e clássicos, visa a partir de agora todo o campo da expressão humana. A atenção está cada vez mais orientada não apenas para o texto, mas para o seu autor. Ler um texto, é dialogar com um autor e esforçar-se por reencontrar a sua intenção, é procurar compreender um espírito por intermédio da decifração das obras nas quais ele se exprimiu.

267 R.E. Palmer, ***op. cit.***, p. 50.

268 R.C.L. Veloso, ***Filosofia e Método***, São Paulo, Brasil, 2002, p. 90/91.

1.2.4. A hermenêutica como base metodológica para as "geisteswissenschaften"

Palmer observa que Dilthey[269] viu na hermenêutica a disciplina central que serviria de base a todas as ***Geisteswissenschaften***, para todas as disciplinas centradas na compreensão da arte, comportamento e escrita do homem.

Veloso observa, ainda, que Dilthey discute a hermenêutica a partir do debate ***neokantiano***[270] que marcou as ùltimas décadas do século XIX. Ele pretendeu transformar a hermenêutica como "arte de interpretar" em instrumento de conhecimento da história, a partir da formulação proposta por Scleirmacher de uma hermenêutica geral. Com Dilthey, e com o conceito de homem criado pela filosofia do iluminismo, na busca de uma "Razão esclarecida", a hermenêutica transformou-se em método.[271]

Nunez, citado por Veloso, constatou que:

> a hermenêutica de Dilthey não repensou o tempo, permanecendo na dicotomia causalista entre a ***compreensão*** nas ciências históricas e a explicação nas ciências da natureza. Daí haver incorrido num historicismo singular, que apela de um lado para os fatores causais e de outro para a empatia do indivíduo, que é sujeito do conhecimento histórico, capaz de adentrar-se nas conexões culturais de outras

269 J. M. Besse & A. Boissiere (***op. cit***) notam que: com a obra do filósofo alemão Wilhelm Dilthey (1833-1911) a hermenêutica assume o estatuto de um método de conhecimento especialmente apto para dar conta do fato humano, irredutível em si mesmo aos fenômenos naturais. O texto a interpretar é a própria realidade humana no seu desenvolvimento histórico. Aplicado ao estudo da ação histórica, o ato hermenêutico deve permitir restituir por assim dizer do interior a intenção que guiou o agente no momento em que ele tomava tal decisão, e permitir assim alcançar a significação desta ação. Dilthey introduz, com efeito, um postulado: A riqueza da nossa experiência permite-nos imaginar, por uma espécie de transposição, uma experiência análoga exterior a nós e compreendê-la (...) Se nos é possível compreender o outro, é porque temos a possibilidade de imaginar a sua vida interior a partir da nossa, por uma transposição analógica.

270 R.C.L. Veloso (***op. cit***, p. 92.) citando Oliveira diz em seu artigo "A questão do método na hermenêutica filosófica de H-G Gadamer" que: "depois do desaparecimento da filosofia perpetrado pela destruição positivista do fim do século passado, a filosofia renasceu no mundo universitário por meio de uma volta a Kant, que não significou uma simples repetição, mas um tentar resolver a problemática cientifica surgida no século passado, graças a proliferação das ciências particulares, a luz dos princípios kantianos. Já que os diferentes campos da realidade foram considerados objeto das diferentes ciências ***particulares, a filosofia encontrava*** o seu sentido como ***teoria da ciência***, ou seja, como justificação racional e ***normativa*** do fato cientifico".

271 ***Ibid***. p. 92/93.

épocas, como matéria de vivências psíquicas, porque compreende a vida.[272]

Porém, apesar de a teoria de Dilthey avançar ao tomar a hermenêutica como modelo da história, ela não foi capaz, como pretendia, de estabelecer uma analogia entre ***Naturwissenschaften*** (ciências da natureza) e ***Geisteswissenschaften*** (ciências do espírito), mas, pelo contrário, reduziu as dimensões da compreensão a um motodologismo objetivista.[273]

1.2.5. A hermenêutica como fenomenologia[274] do Dasein[275] e da compreensão existencial

A "hermenêutica do ***Dasein***" diz respeito à análise apresentada por Martin Heidegger[276] em sua obra ***Ser e Tempo*** (1927). Heidegger parte da fenomenologia de Husserl para empreender um estudo fenomenológico da presença quotidiana do homem no mundo. Nesse sentido, observa Palmer que "a hermenêutica não se refere à ciência ou às regras da interpretação

272 272 Benedito Nunes apud R.C.L. Veloso, ***op. cit***, p. 94. ***Ibid***. p. 92/93.

273 R.C.L. Veloso, ***op. cit.***, p. 94.

274 Benedito Nunez diz em seu ***Hermenêutica e Poesia*** (Belo Horizonte, UFMG, 1999, p.51) que: "Empregando a mesma palavra essencial de Dilthey, Erlebnis [vivência], Husserl dar-lhe-á diferente sentido em sua fenomenologia. Em 1991, reivindica o status da filosofia como ciência ***rigorosa [strengewissenshaft]***,recusando a espontaneidade das visões do mundo. Pois esta reduziria a filosofia a fins práticos, de sabedoria e de compreensão histórica; e assim e inferior a teoria, que atende a uma necessidade ideal ou a um ideal de validade para todas as épocas, garantindo ao trabalho das gerações continuidade ilimitada".

275 Benedito Nunez explica em ***Heidegger & Ser e Tempo*** (Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2002, p.12) que: "o Dasein é o ente que compreende o ser, o que significa compreendê-lo em sua existência é entender a existência como possibilidade sua, de ser ou de não ser si mesmo, com a qual esta concernido".

276 J. M. Besse & A. Boissiere (***op. cit***.) observam que: Heidegger opera duas rupturas em relação à concepção de hermenêutica desenvolvida por Dilthey: 1. A hermenêutica não é já entendida no quadro de uma teoria do conhecimento. Ela não é simplesmente um problema de metodologia das ciências humanas. Não se trata já, como em Dilthey, de opor o ato de compreensão própria das ciências humanas ao movimento da explicação característica das ciências da natureza. A compreensão não é mais entendida, com Heidegger, como o ato cognitivo de um sujeito descomprometido com o mundo, mas antes como uma dimensão essencial da existência. Compreender é um modo de estar antes de ser um método científico. 2. Correlativamente, a questão da compreensão já não está, em Heidegger, ligada ao problema do reencontro do outro. Com Heidegger, a interrogação hermenêutica considera menos as minhas relações com o outro do que a relação que eu estabeleço com a minha situação no mundo. O horizonte da compreensão é a captação e a elucidação de uma dimensão primordial, que precede a distinção sujeito/objeto: a do ser-no-mundo do homem. A hermenêutica, como dimensão da existência, está antes de mais orientada para o mundo do eu.

textual, nem a uma metodologia para as ***Geisteswissenschaften***, mas antes à explicação fenomenológica da própria existência humana''.[277]

Nesse contexto, Palmer observa que seguindo Heidegger, Hans-Georg Gadamer realizou um trabalho sistemático sobre hermenêutica filosófica denominado de "Verdade e Método", em 1960. Nota que Gadamer traça o desenvolvimento da hermenêutica de Scleirmacher até Dilthey e Heidegger. Mas destaca que a contribuição deste representa mais do que uma história da hermenêutica, mas representa um verdadeiro "esforço de relacionamento da hermenêutica com a estética e com a filosofia do conhecimento histórico".[278]

II) Traços fundamentais de uma filosofia hermenêutica filosófica em Hans-Georg Gadamer

2.1. Preliminares históricas

Gadamer observa, de início, que o objetivo do seu trabalho será o de verificar o desenvolvimento do método hermenêutico na Idade Moderna, tendo como ponto de partida o caminho aberto por Dilthey, com a sua autoconsciência histórica.

A fim de trilhar esse longo caminho, Gadamer inicia os seus estudos a partir de considerações sobre ***a pré-história da hermenêutica romântica***. Para tanto, nota que:

> [...] a doutrina da arte da compreensão e da interpretação havia se desenvolvido por dois caminhos diversos, o teológico e o filológico, a partir de um estimulo análogo: a hermenêutica teológica, [...], a partir da autodefesa da compreensão reformista da Bíblia, e a hermenêutica filosófica como instrumento para as tentativas humanísticas de redescobrir a literatura clássica.[279]

277 R.E. Palmer, ***op. cit***., p. 51.

278 R.E. Palmer, ***op. cit***., p. 51.

279 H.-G. Gadamer, ***Verdade e Método – Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica***, Petropolis, RJ, Vozes, 1997,

Observa Gadamer que tanto em um caminho (o da hermenêutica teológica) quanto em outro (o da hermenêutica filológica) e que, respectivamente, tanto para a Bíblia, como para a literatura, o objetivo era o mesmo, qual seja: o de "por a descoberto o sentido original dos textos".[280] Nesse sentido, destaca a importância de Lutero, e o seu impulso reformador, na busca de tal objetivo.

Nota, levando em consideração o ponto de vista de Lutero, que, em regra, a interpretação bíblica era literal, principalmente, quanto à interpretação do Velho Testamento. Porém, com a interpretação do Novo Testamento surge um novo paradigma que, por meio de uma interpretação alegórica das parábolas, adquire um significado cristão. Pois a interpretação do Velho Testamento era literal e tinha como fundamento a lei, enquanto a hermenêutica do Novo Testamento tem como base o espírito. Nesse sentido, o próprio Cristo vai inaugurar um novo modelo de interpretação ao notar que: "a letra mata, mas o espírito vivifica".[281]

Tendo como ponto de partida a interpretação bíblica, aponta que a retórica antiga já sabia que o sentido de um texto deve ser apreendido levando-se em consideração a sua visão orgânica, da relação do todo com as partes. Assim, chega-se a uma primeira conclusão: todo texto deve ser entendido a partir do seu contexto, de um contexto histórico. Mas nota que apesar da ***visão sistêmica***[282], a teologia da Reforma continua presa à dogmática, uma vez que parte do pressuposto de que a própria Bíblia é uma unidade.

Gadamer observa que com Dilthey a interpretação começa a desvencilhar-se dos enquadramentos dogmáticos e ganha uma dimensão histórica do contexto da vida. Observa que, para Dilthey, a essência da hermenêutica é a sua transformação, a serviço de uma tarefa dogmática,

---

p. 273.

280 ***Ibid***. p. 274

281 ***Bíblia Sagrada***, II Coríntios, 3:6, São Paulo, Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

282 H.-G. Gadamer (***op. cit.***, p. 276) ao citar o trabalho de O. Ritschl, observa que a gênese do conceito de sistema se fundamenta na teologia da Reforma, pois esta não queria continuar sendo uma elaboração enciclopédica da tradição dogmática, já que procurava reorganizar toda a doutrina crista a partir das passagens decisivas da Bíblia.

em uma função histórica. Desta forma, os estudos de Dilthey são os pontos de partida para a libertação da hermenêutica da dogmática. E como observa Gadamer: "isto ocorreu no século XVIII, quando homens como Semler e Ernesti reconheceram que, para compreender adequadamente a Escritura, pressupõe-se recolher a diversidade de seus autores, e abandonar, por consequência, a unidade dogmática do cânon". Diante disso, Dilthey irá seguir nesse caminho para iniciar a "liberação da interpretação do dogma", para partir para uma interpretação não só gramatical, mas também histórica, com "a restauração histórica do contexto da vida".[283]

Nesse momento, nota Gadamer que não há mais diferença entre a hermenêutica bíblica e a profana, pois essas vão se transformar em uma hermenêutica única. Porém, a investigação histórica irá se aproximar mais da hermenêutica Filológica, na medida em que Dilthey a toma como o modelo a ser seguido para fundamentar a concepção histórica do mundo, pois, para ele, a hermenêutica só alcança a sua verdadeira essência se conseguir transpor os limites da dogmática para atingir a um organon histórico.[284]

Tendo considerado, por um lado, com Diltthey, a respeito da função histórica da interpretação; Gadamer, observa, com Scheleirmacher, que a hermenêutica ganhara nova dimensão. Assim, observa que este autor já não busca a unidade da hermenêutica na unidade de conteúdo da tradição, mas como uma "doutrina da arte", isto é, "pretende servir a arte da compreensão do mesmo modo que a retórica serve à arte de falar e a poética a arte de compor e a seu julgamento".

Mas, por outro lado, nota com Scheleirmacher que a hermenêutica se dá por meio do esforço da compreensão que "corresponde cada vez que se tem que contar com a possibilidade de um mal-entendido". Percebe, com Scheleirmacher, que a ideia de uma hermenêutica universal deve levar em conta que a experiência da alteridade e a possibilidade do

283 ***Ibid.***, p.277/278
284 ***Ibid.***, p.278/279

mal-entendido são também universais. Dessa forma, a compreensão passa a ser compreendida como o entendimento de si e do outro. Nesse sentido, cita Wolf para quem a arte da interpretação significa a arte de examinar a verdade do outro. Observa, ainda, que esse entendimento, surgido a partir do "mal-entendido", possibilitará não só a compreensão, mas também um acordo, um consenso. Dessa maneira, observa que Scheleirmacher dá uma nova dimensão à hermenêutica, pois percebe a importância da compreensão do outro para a arte da interpretação.[285]

Gadamer aponta que a partir da crítica da Bíblia surgem precursores que preparam o pensamento histórico, no século XVIII, entre eles cita Chladenius, apresentado como um precursor da hermenêutica romântica. Para este autor, compreender e interpretar não são a mesma coisa, já que "para compreendê-lo, o decisivo continua sendo o entendimento da coisa em causa, a evidência objetiva". Ao passo que interpretar significa "a justificação da interpretação". A necessidade da hermenêutica surge, pois, "com o desaparecimento do compreender-por-si-mesmo". Assim, conclui Gadamer, considerando Chladenius, que compreender o autor é compreender além do autor, ou aquém do autor.[286]

2.2. O projeto de Scheleirmacher de uma hermenêutica universal

Gadamer observa que o projeto de Scheiermacher é alcançar uma hermenêutica universal. Nota que a interpretação, com Scheiermacher, adquire um significado diverso e universal, e que, para ele, os problemas da interpretação são, na realidade, problemas da compreensão, diferenciando ambas apenas quanto ao plano externo e interno, na medida em que "a interpretação diferencia-se da compreensão, sem dúvida, tal qual a fala em voz alta da fala interna". Quanto à possibilidade do "mal-entendido",

285 H.-G. Gadamer, ***op. cit.***, p. 279/281
286 ***Ibid.***, p. 285/287

chega a definir que: "a hermenêutica é a arte de evitar o mal-entendido". E para interpretar "o que deve ser compreendido não é a literalidade das palavras e seu sentido objetivo, mas também a individualidade de quem fala e, consequentemente, do autor. Dessa forma, a interpretação deve ir além da literalidade para alcançar a individualidade de quem fala. Assim, conclui que a hermenêutica é a arte de interpretação gramática e psicológica. Porém, a hermenêutica psicológica ganha, paulatinamente, em Scheleirmacher, destaque ocupando a posição principal.[287]

Nesse sentido, o pressuposto, apontado por Gadamer, em Sheleiermacher é a simbiose entre o leitor e o autor, pois "cada individualidade é uma manifestação do viver total e que, por isso, 'cada qual traz em si um mínimo de cada um dos demais, e isso estimula a adivinhação por comparação consigo mesmo'".[288]

Por outro lado, observa uma mudança de rumo peculiar da hermenêutica em Sheleiermacher, pois compreender um texto significa compreender o todo, a partir de um contexto. A hermenêutica dá-se, assim, por meio de um raciocínio circular, uma vez que "compreender é sempre um mover-se nesse círculo, e por isso é essencial o constante retorno do todo às partes e vice-versa".[289]

Todavia, Gadamer nota que, diferentemente de Dilthey, o problema da hermenêutica para Sheleiermacher não é o da obscuridade da história, mas da obscuridade do tu, do outro. Dessa forma, conclui, com Sheleiermacher, que é possível compreender o autor melhor do que ele próprio teria se compreendido, pois "o ato da compreensão é a realização reconstrutiva de uma produção".[290]

Por fim, pondera Gadamer que o interesse que motivou Sheleiermacher a uma abstração metodológica não era a do historiador, mas a do teólogo. Pois ele pretendia ensinar "como se deve entender o discurso e a

287 ***Ibid.***, p. 288/291
288 ***Ibid.***, p 295.
289 H.-G. Gadamer, ***op. cit.***, p. 297.
290 ***Ibid.***, p. 298/299

tradição escrita, porque o interesse está numa tradição única, a Bíblia, que importa a doutrina da fé". Dessa forma, segundo a opinião de Gadamer, a teoria hermenêutica de Sheleiermacher estava muito longe de servir como um método às ciências do espírito. Constituindo-se, assim, em uma barreira "frente a qual a concepção histórica do mundo não poderia ficar de pé".[291]

2.3. O enredamento de Dilthey nas aporias do historicismo

Gadamer observa que "a tensão entre o motivo estético-hermenêutico e o motivo da filosofia da história na escola histórica alcança seu ponto culminante em Wilhelm Dilthey". Aponta, ainda, que o motivo dessa tensão em Dilthey encontra-se na sua concepção histórica do mundo face ao idealismo, caracterizada pela escola histórica, a meio caminho entre filosofia e experiência. Dilthey toma como ponto de partida de seu estudo a Teoria da Razão Pura de Kant. E, assim, "junto à resposta kantiana sobre o modo como é possível uma ciência pura da natureza, Diltthey tinha de procurar uma resposta à sua questão, qual seja: como a experiência histórica pode se converter em ciência?".[292]

Por outro lado, o próprio criticismo neokantiano parecia a Dilthey dogmático, pois, para ele, as ciências históricas tão-somente continuam o pensamento começado na experiência da vida. Assim, conforme Dilthey, a primeira condição da ciência histórica é a homogeneidade entre o sujeito e o objeto, na medida em que "eu mesmo sou um ser histórico, em que aquele que investiga a história é o mesmo que a faz".[293]

Assim, o ponto de partida para análise de Dilthey é a vivência. E o nexo estrutural da vida, tal qual o nexo de um texto, está determinado por certa relação entre o todo e as partes. Nessa relação do todo com as

291 ***Ibid.***, p. 306
292 ***Ibid.***, p. 335
293 H.-G. Gadamer, ***op. cit.***, p. 340.

partes, é que se busca a unidade. Por outro lado, Gadamer faz uma crítica a Dilthey no sentido de que este não tratou do ponto decisivo para a fundamentação hermenêutica das ciências do espírito, qual seja da fundamentação psicológica.[294]

Observa Gadamer que Dilthey procurou, desde o início, diferenciar as relações do mundo espiritual das relações causais no nexo da natureza. Percebe que toda consciência é consciência de algo. Assim, por exemplo, o desenvolvimento da consciência de um indivíduo só terá significado se entendida como expressão da vida. Pois "a própria vida se auto-interpreta. Tem estrutura hermenêutica. E é dessa forma que a vida constitui a verdadeira base das ciências do espírito". Nesse sentido, Dilthey se apropria do conceito de consciência histórica para alcançar o universal na medida em que "toda tradição se converte, para a consciência histórica, num auto-encontro do espírito humano". E ainda, o próprio Dilthey observa que "somente conhecemos historicamente porque nos mesmos somos históricos".[295]

Gadamer pondera que Dilthey refletiu incansavelmente sobre tal discrepância e que tal reflexão buscava compreender o nexo estrutural do conhecimento a partir do próprio centro, o que corresponderia ao velho princípio da hermenêutica e da exigência do pensamento histórico. Dessa forma, para Dilthey, compreender algo só é possível a partir de um contexto histórico, observando-se a parte e o todo. Assim, polemiza a questão do conflito entre o conceito da natureza ilimitada em face da consciência da própria finitude. Ao apontar essa aparente contradição, observa que "para Dilthey a consciência da finitude não significava uma finalização da consciência nem uma limitação. Antes, testemunha a capacidade da vida de elevar-se com sua energia e atividade para além de toda barreira". Assim, observa, ainda, que a compreensão histórica ganha dimensão universal porque tem como fundamento a "infinitude interna do espírito". A

294 ***Ibid.***, p. 343

295 ***Ibid.***, p. 346/352.

finitude do homem histórico não traria, assim, prejuízo ao conhecimento espiritual-científico, pois, para Dilthey, "a consciência histórica teria de realizar em si mesma tal superação da própria relatividade", tornando possível a objetividade do conhecimento espiritual-científico.[296]

Gadamer observa que Dilthey parte da vida, uma vez que "na própria vida está apontada a reflexão". Dessa maneira, o fundamento da hermenêutica filosofia em Dilthey reside no fato de que a vida mesma contém saber. Como observa Gadamer, "o nexo da vida é saber e, para Dillthey, um dado originário".[297]

Mas, contrapondo-se, Gadamer questiona: como é possível a objetividade dentro da relatividade? E ainda, como se pode pensar a relação do finito com o absoluto? Diante desses questionamentos, Gadamer, por outro lado, pondera que talvez esses não fossem preocupantes para Dilthey, pois "ele se soube sempre no caminho rumo ao absoluto". Nesse sentido, cita Ernst Troeltsch ao observar que a formulação de Dilthey era "da relatividade à totalidade", podendo todo o trabalho do mesmo ser resumido na seguinte fórmula: "Ser conscientemente um ser condicionado". Tal fórmula, como observa Gadamer, pretende deixar para trás as barreiras da finitude para que se possa alcançar o absoluto e o infinito do espírito e a verdade da autoconsciência.[298]

Por outro lado, Gadamer faz uma crítica a Dilthey ao notar que a objeção deste ao "relativismo" não foi capaz de manter a investida da filosofia da vida contra a filosofia da reflexão do idealismo. Tal ambiguidade é apontada por Gadamer como um "resíduo do cartesianismo", de onde, segundo ele, teria partido Dilthey, uma vez que a "ciência metódica põe em dúvida, fundamentalmente, tudo aquilo sobre o que é possível duvidar, com o fim de chegar, deste modo, a resultados seguros".[299]

---

296 ***Ibid.***, p. 354/357.
297 H.-G. Gadamer, ***op. cit.***, p. 359/360.
298 ***Ibid.***, p. 361.
299 ***Ibid.***, p. 364.

Mas, por outro lado, a busca da certeza, por meio da dúvida, como nota Gadamer, é uma evidencia em Dilthey na medida em que ele é "um filho do iluminismo". Mas diante da "insondabilidade da vida", ao que Gadamer chama de "semblante terrível", a capacidade da compreensão deve abrir a vida de tal forma que o saber garanta proteção e certeza. Desta forma, o iluminismo consuma-se em iluminismo histórico. Nesse sentido, conclui Gadamer que Dilthey vincula-se à hermenêutica romântica, na medida em que não levou em conta a essência histórica da experiência. E ainda, por partir do pressuposto de que "o objeto da compreensão é o texto a ser decifrado e compreendido em seu sentido". Assim, como observa Gadamer, todo o encontro com um texto é, para a hermenêutica romântica, um "auto-encontro do espírito".[300]

Gadamer, ao citar Scleiermacher, observa que a compreensão vai além do eu para alcançar o tu. Pois, "a compreensão de textos tem a mesma possibilidade de adequação total que a compreensão do tu. Pode-se ver diretamente no texto a opinião do autor''. Assim, para Dilthey, o investigador do espírito interroga os textos e dessa forma pensava o mundo histórico como um texto que se deve decifrar. Mas se, por um lado, o objetivo da hermenêutica de Scheirmacher era alcançar a força salvadora da fé cristã, para Dilthey, a hermenêutica representava mais do que um instrumento, pois significava o meio universal da consciência histórica. Mas, segundo Gadamer, essa consciência em Dilthey não passa de um mero "deciframento e não como uma experiência histórica".[301]

2.4. A questão do método na hermenêutica filosófica em H.-G. Gadamer

Gadamer percebe a hermenêutica sob o prisma da ontologia e pretendeu, assim, explicar as condições da compreensão com o objetivo

300 ***Ibid.***, p. 364/366.

301 H.-G. Gadamer, ***op. cit.***, p. 366/367.

de gerar uma hermenêutica geral, capaz de interpretar toda forma de conhecimento da ação humana. Dessa forma, destaca Veloso que o conceito de compreensão em Gadamer:

> a) assume o conceito de historicidade não como método das ciências do espírito (na forma da consciência histórica) mas como questão ontológica do ser humano (modificando Dilthey);
> b) leva o problema da hermenêutica de volta a esfera do conhecimento histórico (ampliando Heidegger).[302]

Desta forma, Gadamer parte da teoria de Dilthey, mas a amplia na medida em que coloca o problema da história sob um novo ângulo, reabrindo o debate com as ciências humanas, tendo como ponto de partida a ontologia de Heidegger.

O objetivo de Heidegger, ao analisar a hermenêutica, era desenvolver a pré-estrutura da compreensão. A meta de Gadamer, por sua vez, era observar como a hermenêutica pode fazer jus à historicidade da compreensão. Para tanto, volta ao ***círculo hermenêutico***[303] de Heidegger. Desta forma, a compreensão se dá em um constante reprojetar.[304] Mas Gadamer observa que quem quer compreender tem que se livrar dos pré-conceitos e tem que se mostrar receptivo para a alteridade do texto. O leitor tem que, de certa forma, "ouvir o texto". Pois, para Heidegger, a pré-estrutura da compreensão está em "ler" o que "lá está". Assim, compreender não significa "compreender melhor" como apontava a visão psicológica que Scheleirmacher deu à hermenêutica. E quanto à hermenêutica de Dilthey, Gadamer nota que a distância do tempo não é algo que tenha que ser superada como pensava o historicismo. Pois, segundo Heidegger, a "admissão de que nós podemos fazer caso omisso de nós mesmos" é uma ingenuidade do objetivismo histórico. Nesse sentido, Gadamer destaca a

302 R.C.L. Veloso, ***op. cit.***, p. 96
303 Benedito Nunes (***op. cit.***, p. 11) ao se referir a obra ***Ser e Tempo*** de Heidegger nota que: a relação circular se estabelece entre quem questiona e o questionado, entre quem interroga, o ente que somos e o ser interrogado.
304 H.-G. Gadamer, ***op. cit.***, p. 400/402.

importância na mudança de rumo ontológico que Heidegger deu "à compreensão existencial e a partir da interpretação temporal que ampliou ao modo de ser da presença".[305]

III) Uma hermenêutica filosófica para a hermenêutica jurídica

E notório que existe uma crise do Direito, apresentada pela mídia como crise do Poder Judiciário. Porém, essa "crise" apresenta-se no Direito como reflexo da crise sofrida pelo modelo de Estado Liberal. Assim, a fragilizarão do Estado reflete-se não só no Direito, mas em todas as áreas. Eros Roberto Grau entende ainda que "a fragilização do Poder Judiciário atende a interesses bem marcados dos Executivos fortes, que nutrem de projetos desdobrados de uma nítida transposição, hoje, dos quadros do privado para os do público, do individualismo possessivo"[306]. Desta maneira, se faz necessário ao Direito buscar novos rumos para a solução desse problema. Nesse sentido, a obra de Lenio Streck, ***Hermenêutica Jurídica e (em) Crise***, abre um novo rumo para o Direito na medida em que busca novos subsídios que sejam capazes de sustentar as perspectivas para a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Lenio Streck[307] observa que até os dias de hoje, o modelo de hermenêutica aplicado ao Direito não conseguiu dar conta da superação da dicotomia sujeito-objeto. Para tanto, propõe que se adote um novo paradigma, que se convencionou chamar de ***viragem lingüística***. Assim, brevemente, suas conclusões sobre esse problema são:

I. As palavras da lei são constituídas de vaguezas, ambiguidades. E sendo plurívocas, não há como buscar-se um sentido único nos textos jurídicos;

305 H.-G. Gadamer, ***op. cit.***, p. 400/402.

306 E.R. Grau apud L. Streck, ***Hermenêutica Jurídica e (em) Crise***, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

307 L. Streck, Hermenêutica Jurídica e (em) Crise, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, pp. 251-276.

II. Desta forma, para que se interprete a norma jurídica, faz-se necessário o uso de um novo instrumental teórico, qual seja: o da hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer. Pois esta toma como ponto de partida ***a relação intersubjetiva e a comunidade histórica como sujeitos dos diversos processos comunicativos e lingüísticos***;

II. O interprete do Direito deve, assim, deixar de considerar a linguagem como mero objeto, pois tomando consciência da linguagem tomará consciência do outro. Desta maneira, o juiz poderá assumir um novo papel deixando de ser um ***alienado***, na medida em que perceber o outro.

IV. Seguindo Gadamer, Streck observa que a interpretação da lei deve ser uma tarefa criativa. Deixando, assim, a hermenêutica jurídica de ser um mero instrumento de reprodução do ***status quo***.

V. E seguindo Heidegger, nota que não se pode ignorar que a interpretação é o desenvolvimento das possibilidades abertas que existem no ***Dasein***.

VI. No campo jurídico, a hermenêutica filosófica abre uma nova perspectiva na medida em que o interprete, ao compreender a sua condição de ser-no-mundo e de ser-com-os-outros, poderá deixar de ser um reprodutor da doutrina e da jurisprudência predominantes.

VII. A partir de alguns exemplos de aplicação clássica do direito, nos quais se verifica uma simples subsunção do fato à norma, Lenio afirma que a "função social do Direito" somente emergirá com o desvelamento do seu ser. Pois Hermenêutica é experiência. ***É vida! É este o nosso desafio: aplicá-lo no mundo da vida!***

Referências Bibliográficas

BIBLIA SAGRADA, I CORÍNTIOS 13:12. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

____. II Coríntios, 3:6. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 1995.

FREIRE, Paulo. ***A importância do ato de ler***. São Paulo. Cortez, 1981.

HERKENHOFF, João Batista. ***Como aplicar o direito***. 3ª ed. rev. Ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BESSE, J.M. & BOISSIERE, A. ***Precises de Philosophie***. Paris: Nathan, 1998, traduzido por A. Gomes em www.terravista.pt/ancora/2254/hermeneut.htm#Dilthey

LACOMBE, Margarida Lacombe de Camargo. ***Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito***. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

NUNEZ, Benedito. ***Hermenêutica e Poesia***. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1999.

PALMER, Richard E. ***Hermenêutica***. Trad. Maria Luisa Ribeiro Ferreira.

STRECK, Lenio Luiz. ***Hermenêutica Jurídica e (em) Crise***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VELOSO, Rita de Cássia Lucena. ***Filosofia e Método***. São Paulo: Brasil, 2002.

12. "ERA UMA VEZ (...): Algumas inquietações sobre as relações da Antropologia, seja com a Medicina, seja com o Direito"[308]*

Simone Becker[309]**

I

Com o presente ensaio, inspirada em Marshall Sahlins[310], proponho suscitar algumas inquietações emergentes das relações, nem sempre pacíficas, travadas entre a Medicina e a Antropologia e, entre esta e o Direito, mas que se estáveis estão por mais litigiosas que sejam, prosseguem graças à característica tão singular da Antropologia: a etnografia. Uma aparente amplitude de recorte, justificável face à contextualização do trabalho de campo etnográfico ser a responsável pelo abalo de verdades absolutas médicas e jurídicas. E mais: discutir as relações destas áreas com a Antropologia à luz de reflexões sobre a(s) ética(s), conduz-me à própria hipótese quanto à necessidade da Antropologia se pensar enquanto tal e plural. Para tanto, deixo o acaso de lado e, com M. Peirano[311], sigo rumo às recordações da minha trajetória antropológica construída nos últimos quatro anos. Dentre tantos encontros, destaco dois repletos de lembranças gratificantes.

O primeiro deles deu-se com a seara de laudos antropológicos, na qual refleti[312] acerca da intervenção produzida por esta e, nesta antro-

308 * A feitura prazerosa e gratificante deste artigo somente foi possível, graças aos diálogos, críticas e leituras sempre atentas de amigos e mestres que tanto admiro. Agradeço aos professores e doutores Esther Jean Langdon, Ilka Boaventura Leite, Rafael Bastos e Theophilos Rifiotis que compuseram a banca de avaliação deste artigo como parte da qualificação de meu doutoramento.

309 ** Professora Adjunta do Curso de Direito da FADIR-UFGD.

310 Cf. M. Sahllins, ***Esperando Foucault***, ainda, São Paulo, Cosac Naify, 2004.

311 M. Peirano, ***A favor da etnografia***, Rio de Janeiro, Relume-Dumará, 1995.

312 S. Becker, "Breves reflexões sobre ***intervenção e ética*** nos laudos antropológicos", in I.B. Leite (org.), ***Laudos periciais antropológicos em debate***, Florianópolis, NUER/ABA, 2005.

pologia, comprometida com o acesso de minorias (sociedades indígenas, afrodescendentes remanescentes ou não de quilombos) a direitos constitucionais. Além disso, nesse momento, relativizei a concepção de ética nem sempre vinculada aos direitos à intimidade e ao anominato gozados usualmente pelos informantes, pois nos laudos esses são sujeitos de garantias legais.

Se o trabalho do perito antropólogo não se confunde com o "de um detetive ou de um juiz [...]; mas, sim"[313] com o de um tradutor de "uma realidade não imediatamente compreensível, particularmente pela cultura jurídica" (idem), assim o faz produzindo provas. Palavra-chave, nesse contexto, afinal de contas reza o jargão jurídico que tudo o que não está nos autos do processo não existe no mundo dos fatos. Defendo, (as)sim, que a produção de provas exigida pela "Ciência Jurídica" se faz indispensável, mas sem esquecer que tal objetividade retrata subjetividade, quando no palco contracenam Antropologia e Direito.

Sinto-me a um passo do segundo encontro, à medida que meu interesse pela Antropologia da Saúde surgiu das reflexões de Michel Foucault (2001; 2003) e seu mestre Georges Canguilhem (1978), em relação aos exercícios de poderes – passíveis de resistências – advindos dos saberes como produtores de verdades e de sujeitos.

Com o auxílio dessas lembranças, passo aos retrospectos das relações travadas pela Antropologia, seja com a Medicina, seja com o Direito.

II

Inicio um (dos possíveis) breve retrospecto da relação entre Antropologia e Medicina, realizando o que denomino de ***pseudo-arqueologia genealógica***[314] de alguns conceitos que reputo importantes para o entendi-

313 ***Carta de Ponta das Contas, Textos e debates***, Florianópolis, NUER/UFSC, 2001, p. 09. Este documento é considerado na seara dos laudos como complementar ao Código de Ética dos antropólogos.

314 Arqueologia e genealogia são métodos ***foucaultianos*** utilizados para retraçar, respectivamente a reconstituição da produção dos saberes e para mostrar como esses saberes se produzem e são produzidos em meio ao exercício de poderes.

mento da disciplina antropológica que melhor retrata este tenso casamento: a antropologia da saúde e mais especificamente a antropologia médica crítica. Destaco as seguintes categorias analíticas como as mais produtivas, sobretudo, porque são estas que melhor sintetizam a discussão tão cara à trajetória da antropologia social, centrada na dualidade cultura ***versus*** natureza[315], quais sejam: **modelo explanatório (EM), redes sociais e itinerários terapêuticos**. Paralelamente a essa importância, sublinho que tais conceitos analíticos se, por um lado, nos reportam à compreensão das doenças como processos conflitantes e relacionais, ***grosso modo***, (re) construídos e (re)significados pelos sujeitos imersos em meio às noções de cultura e de natureza, por outro lado, nos encaminham à demarcação de fronteiras em termos metodológicos e teóricos no próprio campo da antropologia da saúde, empreendida, em especial, pelas análises simbólicas advindas, por exemplo, do médico e antropólogo norte-americano Arthur Kleinman.

No final da década de 70, Kleinman depreende de suas observações etnográficas – realizadas com chineses acometidos de depressão – e de outras pesquisas, o explanatory model,[316] que a meu ver suscitou: 1° - a relativização da biomedicina até então hegemônica nas análises realizadas tanto sob a perspectiva ecológica[317], quanto sob a perspectiva da etnomedicina[318]; 2° - a existência de outros sistemas médicos que apresentam tanta

315 A partir da definição de cultura proposta por Geertz (C. Geertz, ***A interpretação das culturas***, Rio de Janeiro, Zahar, 1978, p. p.15), observa-se como a análise de quaisquer processos de doenças não são determinados apenas pelo cultural (social) ou apenas pelo natural (biológico), mas pelas redes de significados por nós sujeitos sociais viventes (re)produzidas e pelas quais também somos constantemente re-significados ou reconstruídos, sendo o biológico uma instância tal qual o social neste contínuo.

316 A. Kleinman, "Concepts and a model for the comparison of medical system as cultural systems", ***Social Science and Medicine***, n.12, 1973, p.89.

317 Tal perspectiva vinculada, sobretudo, aos estudos epidemiológicos inova pela amplitude dada à doença enquanto construto, seja social, seja natural. Porém, incorre no mesmo etnocentrismo da corrente da etnomedicina a partir do momento em que toma a visão da biomedicina, como sendo os óculos com os quais a leitura dos sistemas médicos de outras sociedades que não as ocidentais é realizada.

318 Esta corrente da antropologia da saúde é representada por três grandes ícones, a saber: Rivers (escritos a partir de 1915-1916), Clements (escritos a partir de 1932) e Erwin Ackerknecht (escritos a partir de 1940). Por mais que todos tenham sido severamente criticados por não terem relativizado a biomedicina, de diferentes maneiras conseguiram trazer à tona

a eficácia quanto a anosologia médica (científica) nos processos terapêuticos, por exemplo, em relação a um único episódio de doença dramático[319]; 3º- a existência de conflitos e tensões entre estes distintos sistemas médicos, não apenas em decorrência de um etnocentrismo dos atores sociais pertencentes à biomedicina, mas talvez, ou, sobretudo, porque tais processos se constroem como relações **nas quais e pelas quais** circulam distintos poderes e negociações. Em suma, mostrando como os processos de doenças, os sistemas médicos e suas representações sociais[320] são sistemas culturais que não relegam ao segundo plano o fisiológico enaltecido pela biomedicina e, finalmente, 4º - a doença como ***disease, illness e sickness***, ou ainda, a doença como um **processo** correlacionado a um sistema tripartite (sistêmico) de cuidados com a saúde que engloba as arenas profissionais, ***folks*** e populares. A primeira dessas arenas é composta por todos os profissionais institucionalizados, seja da medicina científica, seja dos sistemas médicos tradicionais profissionalizados[321]. A arena ***folk*** é aquela composta por todos os especialistas não institucionalizados que são legitimados por aqueles demandantes como sistemas de curas. Por último, a arena popular corresponde a todo o campo leigo, seja daqueles que não são nem profissionais, nem especialistas. Sinteticamente, uma classificação reveladora das noções ocidentais de doenças não como realidades singulares, mas como uma conjugação de realidades subjetiva (***illness***), biológica (***disease***) e derradeiramente social (***sickness***).

---

outras concepções de doenças e de suas causas assim entendidas por outras sociedades que não as ocidentais.

319 V. Turner, ***Dramas, fields, and metaphors – Symbolic action in human societh***, Ithaca and London, Cornell U.P., 1974, pp. 39-41.

320 Assumo minhas ressalvas quanto à categoria representações socias, que me remete ao plano estático do social, bem como à inércia dos sujeitos com os quais interagimos nos trabalhos de campo. Utilizo-a seguindo o emprego de Garnelo & Wrigth (L. Garnelo & R. Wright, "Sickness, healing and health services: Social representations, practices and demands amog the Baníwa", ***Cadernos de Saúde Pública***, Rio de Janeiro, Fiocruz, v. 17 n. 2, 2001), combinado à alusão que dela emerge no tocante à importância da ação para a compreensão da circulação de poderes (M. Foucaul, ***A microfisica do poder, op. cit.***, 2001) nas citadas relações.

321 M.I. Souza & P.C. Alves, "Escolha e avaliação de tratamento para problemas de saúde: Considerações sobre o itinerário terapêutico", ***in Experiência de doença e narrativa***, Rio de Janeiro, Fiocruz, 1999, pp.128-129.

Longe da unanimidade, esse modelo recebe(u) críticas frente à inexistência de distinções claras entre as fronteiras que separam estas três arenas. A meu ver, um "pecado" cometido por todos os possíveis modelos analíticos que no campo da abstração acabam por perder sua razão de ser, à medida que se distanciam do substrato que os fomentou ou que os produziu: a realidade tão viva, tão pulsante, tão fluída e tão cambiante por ser subjetiva. Assim, cito as pesquisas de Esther Jean Langdon[322], Paulo César Alves & Iara Maria Souza[323], Luíza Garnelo & Robin Wright[324], dentre outros, como exemplos de etnografias capazes de nos mostrar como os elementos culturais são tão significativos quanto os essencialmente biológicos (fisiológicos), não apenas na compreensão dos processos dramáticos de doenças, mas também dos próprios itinerários terapêuticos adotados pelos agentes sociais neles imersos e envolvidos. Fronteiras e mais fronteiras que deixam de ser estáticas e identificáveis quando passamos ao plano etnográfico de um contexto produzido por diferentes trajetos, estratégias, poderes e negociações, rumo a sistemas médicos múltiplos, por vezes buscados de maneira simultânea e não excludente.

Para entender os itinerários terapêuticos emergentes das inter-relações dos sujeitos empreendidas em meio às arenas folk, popular e profissional, faz-se necessário entender uma indispensável assertiva: todos os enunciados advindos dos informantes "são produzidos **pela negociação** de significados com outras pessoas. Todas essas formas de conhecimentos ligam-se entre si e vão-se modificando uma às outras continuamente"[325]. Dessa afirmação, deduz-se tanto que as escolhas aparentemente individuais – sem esquecer da tríade ***illness, sickness e disease*** – encontram-se permeadas pelas relações e constantes re-significações que os sujeitos sociais travam e traçam entre si, quanto todas estas negociações e relações,

322 E.J. Langdon, "Representações de doenças e itinerário terapêutico dos Siona da Amazônia Colombiana", ***Saúde e povos indígenas,*** Rio de Janeiro, Fiocruz, 1994.

323 M.I. Souza & P.C. Alves, "Escolha e avaliação...", ***op. cit.***

324 L. Garnelo & R. Wright, "Sickness, healing and...", ***op. cit.***

325 Young ***apud*** M.I. Souza & P.C. Alves, "Escolha e avaliação...", ***op. cit.***, p. 132.

possivelmente tensas, conflitantes e contraditórias que tecem os itinerários, advêm das redes sociais[326] estabelecidas por estes agentes – e suas trajetórias biográficas.

Finalmente, chegamos às portas do itinerário terapêutico, e com o auxílio de Souza & Alves remarco que este conceito é:

> estabelecido por atos distintos que se sucedem e se sobrepõem, o itinerário terapêutico é um nome que designa um conjunto de planos, estratégias e projetos voltados para um objeto preconcebido: o tratamento de aflição. No curso dessas ações, evidentemente, fazem-se presentes interesses, emoções e atitudes circunstanciais. [...] só é possível falar de uma unidade articulada quando o ator, ao olhar para as suas experiências passadas, tenta interpretá-las de acordo com as suas circunstâncias atuais, com o seu conhecimento presente[327].

Portanto, sem me esquecer das redes sociais, são estas ações dos sujeitos que apontam para a relevância das narrativas enquanto método capaz de desvelar como por detrás ou nas entrelinhas das relações entre agentes de saúde e Baníwas no Alto do Rio Negro, ou mesmo entre profissionais brancos e lideranças indígenas Baníwas, a biomedicina é constantemente re-significada. Uma re-significação que em momento algum denota uma irracionalidade quanto aos conhecimentos nativos[328], ao contrário, me alerta para o fato de que aquelas estratégias terapêuticas adotadas sem a utilização dos conhecimentos biomédicos, tais como são prescritos, por vezes retratam formas de embates sócio-políticos.

Atrelados às noções da circulação dos micros e macros poderes, bem como aos esforços empreendidos por antropólogos, como Kleinman,

326 É Mitchell que no final da década de 60, elabora o conceito atualmente utilizado, no qual compreendem-se as redes sociais como "um conjunto específico de ligações entre um conjunto definido de pessoas com a propriedade adicional de que as características dessas ligações como um todo podem ser usadas para interpretar os comportamentos sociais dessas pessoas envolvidas" (Mitchel ***apud*** M.I. Souza & P.C. Alves, "Escolha e avaliação...", ***op. cit.***, p. 91).

327 M.I. Souza & P.C. Alves, "Escolha e avaliação...", ***op. cit.***

328 E.E. Evans-Pritchard, ***Bruxarias, oráculos e magia entre os Azande***, Rio de Janeiro, Zahar, 1978.

as pesquisas voltadas à antropologia médica crítica[329] concedem um ***plus*** a esta área disciplinar, ao produzirem as seguintes pontuações: 1a - O reconhecimento da categoria de doente como uma dada posição social, significada pelo próprio sujeito e pela rede social na qual encontra-se inserido; 2a - O reconhecimento de que ao buscar a biomedicina os agentes sociais de diferentes sociedades assim o fazem, por exemplo, num movimento de busca do próprio restabelecimento de suas próprias redes sociais. Em outros dizeres, como bem mostra Maria Lúcia Silveira[330], as pacientes nervosas do Campeche buscam, por meio das receitas azuis, a formalização do diagnóstico médico, para poderem atar os vínculos tidos por elas como frágeis antes da legitimização do ***status*** de doentes; 3a - A realização de uma crítica contundente à biomedicina, como um campo do saber construído ao longo de sua própria trajetória e, sobretudo, revestida de poderes não apenas visíveis nas micro-relações (médicos e pacientes), mas, também nas macro-relações entre o Estado e as sociedades minoritárias, entre as Agências Financiadoras e as Instituições não Governamentais, dentre outras; 4a - A realização de estudos voltados ao esclarecimento da circulação de micro-poderes, presentes, por exemplo, nas relações entre médicos e pacientes, capaz de (nos) mostrar como a concessão de uma receita médica[331], ou mesmo a recusa da aceitação desta[332], dizem respeito aos dois lados de uma mesma moeda. Ou seja, ao prescrever receitas azuis, os médicos ignoram a escuta dos seus pacientes, desconsiderando, assim, seus dramas sociais[333] e, as próprias resistências desses agentes sociais tidos como pertencentes a grupos minoritários.

329 Cf. L. Garnelo & R. Wright, "Sickness, healing and...", ***op. cit.***; e M.L. Silveira, O nervo cala, o nervo fala: ***A linguagem da doença***, Rio de Janeiro, Fiocruz, 2000; entre outros.

330 M.L. Silveira, O nervo cala..., ***op. cit.***

331 Cf. M.L. Silveira, O nervo cala..., ***op. cit.***

332 Cf. L. Garnelo & R. Wright, "Sickness, healing and...", ***op. cit.***

333 E, por conseguinte, a escuta de suas próprias construções de processos de doenças não reconhecidos pela medicina, realizadas através de narrativas.

III

Com o advento da antropologia médica crítica, a antropologia reitera (e é reiterada por) um dos legados de Canguilhem em o ***O Normal e o Patológico***: a medicina clássica tal como é endeusada aufere(ia) por vias "intuitivas"[334] – acrescento políticas e relativas, aquelas doenças mentais tidas como patológicas. O normal difere do patológico **pela e na capacidade** a ele conferida de normatizar, uma assertiva passível de extensão ao próprio contexto jurídico.

Deixando os consultórios, hospitais e outros espaços biomédicos por excelência, passo a outra Excelência e/ou Poder: o Judiciário. Foucault mostra como não se trata de uma mudança radical de produção do conhecimento, pois são estes os dois saberes, Medicina e Direito, tidos ao longo da história social ocidental, como os ***experts*** em domesticar os corpos. Um pela via da medicalização e da patologização e, o outro, pela via da vigilância acompanhada da punição ou, simplesmente, da produção de sujeitos a partir da concessão (ou não) de direitos previstos (ou não) em leis[335]. Assim, de maneira correlata ao resgate da ligação entre Antropologia e Medicina, mostrarei como a relação de reciprocidade (quiçá hierárquica ***dumontiana***!) com o Direito, contribuiu para que as verdades absolutas retratadas por decisões judiciais produtoras de sujeitos, fossem questionadas pela Antropologia através do trabalho de campo.

Ao invés de tomar certas categorias analíticas como o fiz para resgatar a relação entre Antropologia e Medicina, elejo como eixo do retrospecto do casamento entre Antropologia e Direito, a maneira como essa última foi apropriada pela Antropologia[336].

---

334 G. Canguilhem, ***O normal e o patológico***, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 88.

335 M. Foucault, ***Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão***, Rio de Janeiro, Graal, 2003.

336 Um movimento aparentemente diverso do adotado em relação ao retrospecto da Antropologia da Saúde, mas nas entrelinhas pode-se ver como a perspectiva de apropriação da medicina pela antropologia foi realizada.

Na seara antropológica, remonto a Marcel Mauss[337], a Franz Boas[338], a Max Gluckman[339], a Paul Bohannan[340], dentre outros, tanto a utilização de categorias do Direito para elaborar categorias antropológicas, quanto a eleição de um plano comparativo analítico entre seus sistemas jurídicos e de outras sociedades tidas como "exóticas".

Todavia, talvez possa atribuir a Clifford Geertz a importância de suscitar uma discussão que me faz compreender um dos possíveis rumos atuais das relações estabelecidas entre o Direito e a Antropologia (e, então da apropriação do Direito pela Antropologia), seja em terras estrangeiras, seja em territórios nacionais[341]. Ao propor uma análise da própria lógica jurídica ocidental, na qual os antropólogos estão imersos, Geertz contesta o embate, p.ex., travado entre Gluckman e Bohannan. Argumenta ser necessário compreender como o nosso Direito opera e/ou é operado, antes de quaisquer comparações entre diferentes sistemas jurídicos ou mesmo antes de analisar se as categorias de outras sociedades são traduzíveis (ou não) pela e para a nossa própria perspectiva. Para além de guardião da lei, o Poder Judiciário (acrescento na figura dos juízes) guia-se por um "dever-ser"[342] resultante de uma interpretação não esgotável na aplicação pura e simples da lei ao caso concreto. A meu ver, o entendimento do Poder Judiciário e todas as suas ***nuances*** passa, sobretudo, pela compreensão da tensão existente entre os operadores Jurídicos e o Poder Legislativo. Nada que o arcabouço teórico-metológico antropológico e ***foucaultiano*** não sejam capazes de recuperar.

Sob este raciocínio, destaco a pesquisa de Mariza Corrêa, precursora do enaltecimento de como nos julgamentos proferidos pelo Tribunal do Júri de Campinas (São Paulo) os homens que matam suas

337 M. Mauss, "Ensaio sobre a dádiva", ***in Marcel Mauss: Sociologia e antropologia***, São Paulo, Cosac & Naify, 2003.

338 Apud M. Mauss, "Ensaio sobre a dádiva", ***op. cit.***

339 M. Gluxman, "Obrigação e dívida", ***in Antropologia do direito: Estudo comparativo de categorias de divida e contrato,*** Rio de Janeiro, Zahar, 1973.

340 P. Bohannan, "A categoria injô na Sociedade Tiv", ***in Antropologia do Direito: Estudo comparativo de categorias de dívida e contrato***, Rio de Janeiro, Zahar, 1973.

341 C. Geertz, ***O saber local – Novos ensaios em antropologia interpretativa***, Petrópolis, RJ, Vozes, 1997.

342 C. Geertz, ***O saber local, op. cit.***

(ex) esposas, (ex) companheiras ou (ex) namoradas, são absolvidos por meio de retóricas produzidas sobre a conduta destas mulheres[343]. Assim, se a conduta de uma mulher é tida como desonesta – não devota ao lar, dentre outras características –, os argumentos de advogados e juízes produzem uma categoria inexistente na legislação brasileira[344], qual seja: a da legítima defesa da honra em casos de homicídios dolosos[345]. Um argumento há mais de três décadas responsável pela absolvição de homens que matam suas mulheres e, ao mesmo tempo, um argumento responsável pela condenação daquelas mulheres, que tidas como desonestas, matam seus homens tão trabalhadores, tão devotos ao lar e responsáveis. Ou seja, mesmo não sendo competente para legislar, o Judiciário em suas interpretações cria novas leis a partir do momento em que insere elementos subjetivos não previstos pelo legislador[346].

Por detrás da proposta ***geertziana***, bem como das pesquisas empreendidas na perspectiva antropológica de gênero (envolvendo por vezes as abordagens da antropologia da saúde), percebo a temática **dos direitos humanos** perpassando as preocupações da disciplina nos últimos 20 anos, especialmente ao falar de laudos antropológicos[347] (e todos os embates que os circundam dentro e fora da área). A meu ver, inquietações indissociáveis da reflexão sobre "ética" na própria antropologia.

IV

Em outubro de 1919, a questão da ética foi suscitada no campo antropológico com o repúdio da Associação Americana de Antropologia

343 M. Correa, ***Crimes de paixão***, São Paulo, Brasiliense, 1983.

344 ***Código Penal Brasileiro***, São Paulo, Saraiva, 2005.

345 Os homicídios dolosos são aqueles praticados com a vontade de matar, diferentemente daqueles chamados de culposos, nos quais o sujeito não desejou matar, mas matou através da imprudência, negligência ou imperícia.

346 Cf. D.C. Figueiredo, "Vítimas e vilãs « monstros » e « desesperados ». Como o discurso judicial representa os participantes de um crime de estupro", ***in Linguagem e (Dis)curso***, Tubarão, SC, Unisul, 2002; e C.H. Campos, "Mulheres e direitos humanos", ***in Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares***, Porto Alegre, UFRGS, 2004.

347 Não se pode esquecer que em matéria de laudos, as questões de gênero ou saúde também podem estar presentes, de maneira direta ou indireta.

(AAA) à carta-denúncia enviada por Franz Boas ao jornal ***The Nation***. A citada carta acusava o governo da América do Norte de estar utilizando quatro antropólogos como espiões na América Central.

Boas, naquela época, enfrentou a AAA em prol da verdade e da lisura (ética) quanto aos procedimentos adotados pelos antropólogos, em relação às sociedades "exóticas" serem pesquisadas como se fossem futuras presas do Estado. Paralelamente ao argumento pautado na conduta dos antropólogos, Roque de Barros Laraia acrescenta ter sido Boas rechaçado por antropólogos físicos e por arqueólogos da AAA, todos contrários à expansão da antropologia cultural em territórios norte-americanos[348]. Para além da ética quanto aos procedimentos, eis que surge a ética atrelada à política acadêmica. Antes mesmo de adentrar nesta pontuação, prossigo rumo aos direitos humanos e à antropologia.

Atualmente, a discussão de ética na antropologia permanece também nos dilemas quanto às posturas dos antropólogos, seus direitos, seus deveres e/ou responsabilidades (preceitos postos no Código de Ética combinados aos veiculados na Carta de Ponta das Canas). Porém, dificilmente seremos, nós antropólogos, censurados por nossos pares ao denunciarmos espionagens à Associação Brasileira de Antropologia (ABA), pois as análises nesse métier são minimamente enfáticas quanto ao respeito à alteridade daqueles com os quais interagimos. Graças a esse diálogo, do pesquisador com este outro "distante" ou "familiar,"[349] que não se resume à observação participante, mas diria à participação em meio à observação[350] ou mistura, o antropólogo p(t)ende à parcialidade. Algo que faz com que os operadores do direito não compreendam a recusa de um dado antropólogo em realizar uma perícia, ora em prol dos indígenas, ora em prol de entidades governamentais (ou em prol de latifundiários e/ou proprietários particulares de terras). Assim, em suas diversas nuances (ur-

348 R.B. Laraia, "Ética e antropologia", ***in Ética e estética na antropologia***, Florianópolis, PPGAS/UFSC/CNPq, 1998, p. 90.

349 G. Velho, "Observando o familiar", ***in Individualismo e cultura***, Rio de Janeiro, Zahar, 1981.

350 R.L. Cardoso, "Aventuras de antropólogos em campo ou como escapar das armadilhas do método", ***in A aventura antropológica – Teoria e pesquisa***, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

bana, rural, organização social e parentesco, dentre outras), a antropologia social ao enaltecer a diferença, esbarra (in)diretamente na discussão dos "direitos humanos", seja daqueles postulados em nossa Constituição Federal de 1988, seja daqueles colocados na emblemática Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Trocando em miúdos, se no resgate do vínculo com a Medicina através da Antropologia da Saúde, a relação entre ambas pode se processar pela dualidade natureza ***versus*** cultura, com o Direito sugiro pensar(mos) numa outra dualidade, redutível ao binômio lei ***versus*** costumes. Uma equação capaz de traduzir todo o questionamento (sutil ou explícito) que as análises antropológicas fazem à lei como uma "estrutura de sistemas ideais"[351], desde dentro, ou seja, a partir do entendimento da "estrutura de sistemas práticos" (idem) - raciocínio também aplicável à relação antes mostrada entre Antropologia e Medicina.

V

Entrando em espaços urbanos com o recorte transversal de classe, resgato o trabalho de Alba Zaluar realizado via imersão na ***hollywoodiana*** favela carioca da Cidade de Deus[352]. Essa pioneira pesquisa acabou por sublinhar a existência de uma lógica própria – não homogênea, pela qual os sujeitos da Cidade de Deus vivem, sentem, trabalham [...] e se diferem entre si. Há formas e formas de ser homem e de ser mulher na Cidade de Deus, sem que tais maneiras convirjam necessariamente para a marginalidade no sentido de delinquência[353].

Passando pelo contexto rural interiorano, Maria Margarida Moura em "Os herdeiros da terra" mostra como famílias de um bairro mineiro de

351 E.R. Leach, ***Sistemas políticas da Alta Birmânia***, São Paulo, Edusp, 1996.

352 A. Zaluar, ***A máquina e a revolta: As organizações populares e o significado da pobreza***, São Paulo, Brasiliense, 1985.

353 Talvez o fosse de marginalidade e liminaridade no sentido de M. Douglas, ***Pureza e perigo***, São Paulo, Perspectiva, 1976.

São João da Cristina, após realizarem o ritual legal previsto pelo Judiciário em uma dada sucessão, redistribuem a herança segundo regras locais consuetudinárias, excluindo as mulheres herdeiras "legais" da partilha[354].

As duas pesquisas citadas antecedem a promulgação da CF/88, garantidora de uma série de direitos individuais, coletivos e sociais que afastam justamente – ao menos no plano abstrato – quaisquer discriminações, incluindo as voltadas ao sexo, à raça e/ou à etnia. Tanto assim o é, que o artigo 5º ***caput*** da referida lei máxima equipara a não-discriminação à própria igualdade. Portanto, ambas as pesquisas, feitas em 1978 e 1985, encontravam amparo na Declaração Universal dos Direitos Humanos (vigente desde 1948) e, não em nossa Constituição de 1967.

Abro um pequeno parêntesis para pontuar a localização destes dois estudos nas estantes da Biblioteca Central da Universidade Federal de Santa Catarina, pois através dela constatei o vínculo entre ambos com o Direito, por mais que a obra de Alba Zaluar, p.ex., não trate diretamente desta relação entre o Direito e a Antropologia. Assim, nas estantes voltadas ao Direito das Sucessões encontra-se catalogada (e disposta) a obra de Maria Margarida Moura, ao passo que a de Alba Zaluar encontra-se nas estantes de Direito Criminal, especificamente na área de tráfico de entorpecentes. Ou seja, a catalogação dessa obra tanto reflete o estigma que Zaluar em sua etnografia desmistifica, quanto proporciona aos estudantes e bacharéis de Direito uma leitura do fenômeno da criminalidade sob uma outra perspetiva: antropológica.

Nos estudos voltados às sociedades indígenas, o caráter político Pró-Índio[355] encontra-se presente antes mesmo da promulgação da CF/88. Afinal de contas, essa ao explicitar direitos tanto para grupos indígenas quanto para afro-descendentes (p.ex., de acesso à aquisição da proprie-

354 M.M. Moura, Os herdeiros da terra: Parentesco e herança numa área rural, São Paulo, HUCITEC, 1978.

355 R.J.M. Bastos, "Antropologia como crítica cultural e como crítica a esta: Dois momentos extremos de exercício da ética antropológica (entre índios e ilhéus)", ***in Ética e estética..., op. cit.***

dade), assim o fez através de intensos diálogos e embates travados entre diferentes setores de nossa sociedade, incluindo aí os antropólogos[356].

Mas, se a nossa Constituição é explícita quanto à concessão de direitos aos indígenas (artigo 231 da CF/88) e afro-descendentes (artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT – da CF/88), habitualmente com amparo probatório nos laudos antropológicos, as demais situações pesquisadas por antropólogos poderiam culminar em litígios passíveis de soluções judiciárias via provas contidas em laudos, incluindo pesquisas como a de Zaluar[357]? Remeto-me às palavras de Ilka Boaventura Leite:

> Hoje, qualquer tema de pesquisa é altamente politizado. Isto é, a qualquer momento essa etnografia pode se transformar ou se desdobrar em um laudo. O antropólogo está sendo chamado para discutir questões de ética em diferentes campos da cultura, dos costumes, das práticas consuetudinárias – o que significa, justamente, o encontro da reflexão sobre cultura e ética. Não é gratuito que esse tema seja tão crucial e importante para nós[358].

Acrescento que estas demandas baseiam-se não apenas no caráter subjetivo e relativo do **fazer etnografia**, mas, citando uma vez mais Leite[359], em seu caráter criativo capaz de precisar sob contextualização, o que se entende por "manifestações das culturas populares" veiculado no artigo 215, parágrafo 1o da CF/88.

Há que se sublinhar ainda que a CF/88 promove(u) a inserção do antropólogo no ***locus*** denominado por Roberto Cardoso de Oliveira de "mesoesfera", possibilitando relações mais inteligíveis entre a "microes-

356 S. Coelho dos Santos, "Notas sobre ética e ciência", ***in Ética e estética..., op. cit.***; I.B. Leite, "Questões éticas da pesquisa antropológica na interlocução com o campo jurídico", ***in Antropologia e Ética – O debate atual no Brasil***, Niterói, UUF, 2004, p. 69; J.P. Oliveira, "O antropólogo como perito: Entre o indianismo e o indigenismo", in Antropologia, impérios e Estados nacionais, Rio de Janeiro, Relume-Dumará/FAPERJ, 2002.

357 A. Zaluar, ***A máquina..., op. cit.***, 1985.

358 I.B. Leite, "Questões éticas...", ***op. cit.***, p. 69.

359 I.B. Leite, "Questões éticas...", ***op. cit.***; e I.B. Leite, ***O legado do testamento – A comunidade de Casca em perícia***, Florianópolis, UFSC/NUER, 2002.

fera" (idem) e a "macroesfera"[360]. Entretanto, se antes da Carta Magna (CF/88) a relação entre estas duas últimas esferas, caracterizadas, respectivamente, pelo plano das particularidades sociais e dos ditames universais (ONU e sua Declaração dos Direitos Humanos) era, por vezes, inconciliável, atualmente a tarefa do antropólogo não deixa de ser árdua. Para ser mais didática, trago ao palco deste ensaio dois exemplos. O primeiro deles extraí das discussões de João Pacheco de Oliveira quanto à difícil tarefa antropológica de objetivar a identificação de um dado grupo étnico[361]. Nessa labuta, vê-se como a definição de índios e não-índios veiculada pelo artigo 3º do Estatuto do Índio[362], não condiz com os pressupostos teóricos da antropologia. O segundo exemplo retirei de um conflito entre princípios constitucionais[363] que ilustra os rumos do fazer antropologia, qual seja: toda pesquisa etnográfica **poderá** ser objeto de um laudo antropológico[364]. Trata-se de uma disputa cuja questão central convergiu para a realização (ou não) da transfusão de sangue em um adepto dos Testemunhas de Jeová. Em um pólo está a medicina com a defesa e o compromisso ético de resguardar o direito à vida e, no outro, encontra-se uma família de Testemunhas de Jeová reivindicando o direito também constitucional da liberdade de pensamento religioso, acrescido do direito de escolha em se submeter ou não à intervenção médica. Para esses, submeter-se à transfusão de sangue significa tornar-se impuro(a).

Em ambas as ilustrações, noto como o antropólogo "orgânico" [365] ao elaborar um laudo situa-se nesta mesoesfera, apresentando a competência para flexibilizar a rigidez ou a busca por uma objetividade "certeira" do Direito e, porque não, da própria Medicina. De mais a mais, ao citar o

360 R. Cardoso de Oliveira, "O mal-estar da ética na antropologia prática", ***in Antropologia e ética, op. cit***.

361 J.P. Oliveira, "O antropólogo como perito: Entre o indianismo e o indigenismo", ***in Antropologia, impérios e Estados nacionais, op. cit.***

362 Apud J.P. Oliveira, "O antropólogo como perito...", ***op. cit.***

363 M.E.V. Lopes, "Transfusão de sangue em crianças e adolescentes Testemunhas de Jeová", ***Revista da ESMESC***, vol. 13, Florianópolis, ESMESC, 2002.

364 I.B. Leite, "Questões éticas...", ***op. cit.***, p. 69.

365 R. Cardoso de Oliveira, "O mal-estar...", ***op. cit.***

exemplo de Oliveira,[366] utilizei o termo "identificação" ao invés de "identidade", para enfatizar o caráter de re-significação com o qual o antropólogo se defronta em suas pesquisas etnográficas. Não há fórmulas prontas e acabadas, apesar deste discurso "relativista cultural" ser, às vezes, desqualificado como "politicamente inaceitável"[367].

O reconhecimento da diferença e o exercício de produção do próprio campo etnográfico, capaz de produzir-se como um ***corpus*** probatório, reputo serem as grandes contribuições da disciplina antropológica em sua inserção no campo jurídico. Mas não basta mencioná-las. ***En passant***, ao estabelecer um diálogo teórico-metodológico entre os legados ***foucaultianos***[368] e a Antropologia, observo o surgimento de questões importantes a serem aprofundadas, dentre elas remarco a problematização de críticas destinadas à Declaração Universal dos Direitos Humanos. Como o presente ensaio não se destina a tal tarefa, sinto-me apenas no compromisso de pincelá-la.

Sabe-se que a Associação Americana de Antropologia, aquela mesma protagonista do embate com Boas há mais de oitenta anos, em 1947, protestou junto à Organização das Nações Unidas (ONU) quanto à universalização dos direitos humanos em detrimento das inúmeras particularidades sociais existentes[369]. O alerta da AAA apontava para futuras e prováveis inaplicabilidades e violações daquele documento, caso fosse aprovado da maneira como havia sido redigido. A conciliação entre generalização/especificidade e entre diferença/igualdade seria e é difícil no plano abstrato das produções legislativas. Ousaria dizer: inviável, ao me-

366 J.P. Oliveira, "O antropólogo como perito...", ***op. cit.***

367 Cf. M. Sahllins, ***Esperando Foucault..., op. cit.***

368 Refiro-me aos métodos genealógico e arqueológico de análises discursivas foucaultianas. Para maiores detalhamentos sobre tais articulações com a antropologia faço remissão ao projeto de doutorado qualificado em maio de 2005 (S. Becker, ***Quando maternidade não rima com homo(bi)ssexualidade: Uma análise das (des)continuidades dos discursos jurídicos,*** PPGAS/UFSC, mai 2005).

369 Cf. R.S. de Souza, "Direitos humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica", ***in Antropologia e direitos humanos, op. cit.***; e D.C.C.S. dos Santos, "Antropologia e direitos humanos no Brasil", ***in Antropologia e direitos humanos, op. cit.***

nos com o parco arcabouço analítico através do qual me deleito[370]. Ainda, para tal observação, basta nos debruçarmos sobre a dinâmica de quaisquer processos jurídicos contenciosos (litigiosos), cujas demandas levadas ao Judiciário nem sempre estão contempladas expressamente pelas inúmeras legislações.

Resgato a tão mencionada Constituição brasileira – nossa lei máxima, promulgada e vigente desde 1988. Sua elaboração deu-se sob pressões distintas, especialmente aquelas advindas de profissionais e/ou militantes envolvidos com os chamados sujeitos minoritários em acesso aos direitos legais (e sociais). Diga-se de passagem, uma extensa Carta de Princípios que mesmo sob pressão deixou de lado algumas especificidades, a saber: em momento algum refere-se aos homossexuais ou à erradicação da discriminação por orientação sexual. Porém, mesmo esses sujeitos excluídos do texto constitucional vêm, aos poucos, conquistando suas reivindicações judiciais.

Volto ao ***modus operandi*** do Direito e a outro jargão jurídico: cada cabeça uma sentença. Complementaria dizendo: cada caso é um caso que dependerá das enunciadas produções de provas, responsáveis pela existência destes conflitos no mundo do processo e, então, no próprio plano social. Assim como, dependerá da habilidade dos operadores do Direito em atrelar as diversas demandas sem previsões legais aos princípios de nossa Constituição. Atualmente, p.ex., a concessão de direitos aos homossexuais tem se vinculado ao princípio da dignidade humana. Nesses casos e nos demais aqui abordados (indígenas e afro-descentes) tornam-se indispensáveis as produções de provas. Explico melhor esta exaustiva remissão às **produções de provas**.

Como navego nas águas nem sempre calmas da Antropologia, percebo que certas turbulências surgem da emergência da disciplina de laudos antropológicos. A antropologia passa a rimar com intervenção e parcialidade ao adentrar às portas do Judiciário. De antropólogos emi-

370 De maneira geral alguns autores apontam para o ***ethos*** individualista no qual encontramo-nos imersos.

nentemente acadêmicos, tornamo-nos potenciais operadores do Direito, conhecidos como peritos.

VI

Até então procurei evidenciar como algumas pesquisas antropológicas (e etnográficas) brasileiras relacionam-se (in)diretamente com o Direito (mesmo estando na seara da saúde), de forma a enaltecer a alteridade de diferentes grupos (sociedades, etc.) e, por conseguinte, colaborar para o decréscimo da intolerância, algo diverso do ato praticado contra a denúncia de Boas em 1919. Todavia, retomo as censuras feitas pelos pares de Boas pertencentes às linhagens da antropologia física e da arqueologia, contrários justamente à expansão da antropologia cultural. Advirto que não resgato essa questão como forma de defender a antropologia cultural, mas, como já aludi anteriormente, para mostrar o caráter político acadêmico, a meu ver, intrínseco à própria discussão acerca da ética.

Desde que passei a acompanhar mais de perto as produções antropológicas na seara dos laudos, inquieto-me com aquelas que vez ou outra resvalam para contundentes justificativas do quão antropológicas são as análises contidas nos laudos antropológicos. Cito dois exemplos meramente ilustrativos. O primeiro exemplo reside no próprio título do artigo de Aracy Lopes da Silva: "Há Antropologia nos Laudos Antropológicos?"[371]. Desta pergunta, parto para o segundo exemplo, extraído novamente das palavras de Leite:

> Quando o antropólogo é chamado para produzir um documento que informa sobre uma determinada condição, isto é feito em um campo onde já estava estabelecido o conflito e a presença de vários saberes. Cabe ao antropólogo, então, definir ou reinstituir um lugar auto-reflexivo. Venho considerando muito profícuo o diálogo com os advogados, os historiadores, os geógrafos, os arqueólogos.

371 A.L. Silva, "Há antropologia nos laudos antropológicos", ***in A perícia antropológica em processos judiciais***, Florianópolis, UFSC, 1994.

> **Nesta oportunidade, inclusive, pude decidir melhor qual é a antropologia que venho fazendo e refletir sobre o seu papel nesse contexto**.
> [...] Em seus primórdios, a antropologia brasileira considerada distante (e, na concepção de ativistas – por vezes, omissa) em relação aos problemas sociais descritos nas próprias pesquisas, mudou, sobretudo na década de 1990, fase de implementação jurídica dos preceitos constitucionais[372]. [sem grifos no original].
>
> Ora, se há esse tom do contraditório (contestação/justificação a uma dada assertiva) nas entrelinhas destas produções, parto do pressuposto de que há uma verdadeira e legítima antropologia em oposição àquela ilegítima ou do faz de conta. Ou ainda: parece-me que há uma antropologia **na e para a academia** (aquela distante dos problemas sociais por mais que os pesquise) e, outra que se reputa posta pela própria antropologia legítima sob o guarda-chuva de classificações estigmatizantes, quais sejam: "antropologia aplicada", "antropologia da ação", "antropologia da prática", "antropologia comprometida" e "antropologia da intervenção"[373].

Frente a estas inquietações, pergunto-me: qual é a antropologia que não rima com parcialidade e, então, com um certo comprometimento? Sem a pretensão de respondê-la, apenas complemento que talvez tenha chegado o momento mais do que oportuno, perante os diálogos constantes com outras disciplinas, da própria antropologia refletir acerca da produção de suas verdades científicas (tidas também como vencedoras ***a priori*** ou após embates![374]). Ressaltei como na relação (de reciprocidade) com a Medicina e com o Direito, o caráter contextualizado, criativo e subjetivo da etnografia apresenta(ou) o condão de relativizar certezas dos diagnósticos e das decisões, porém, ao retornar para a sua própria casa (a academia?),

372 I.B. Leite, "Questões éticas...", ***op. cit.***, p. 67 (grifos meus).

373 Por mais que haja distinções entre estas antropologias, não as tecerei frente aos propósitos deste ensaio. Para maiores esclarecimentos, cf. R. Cardoso de Oliveira, "O mal-estar...", ***op. cit.***

374 Ver as pertinentes reflexões desenvolvidas por R.K. Lima, "Éticas e identidades profissionais em uma perspectiva comparada", ***in Antropologia e ética, op. cit.***, sobre ética junto aos sistemas por ele chamados de "pirâmide" e "paralelepípedo".

essa antropologia tomada talvez como de "segunda mão"[375] tem sua "identidade" contestada.

Trata-se, na realidade, de uma discussão que faço questão de suscitar sob a minha ótica (e ética), para que dentro em breve possa desenvolvê-la em mais um ensaio desafiador como o presente, à medida que tal empreendimento demandará uma incursão na própria produção do campo antropológico e seus embates teórico-metodológicos. Em suma, uma nova história, um novo "era uma vez (...)" das antropologias e antropologias, de suas relações (casamentos) endogâmicas e de suas possíveis cisões (separações). Encerro como o fez Sahlins em sua última obra, "esperando Foucault, ainda...."[376], pois para adentrar nos embates teórico-metodológicos produtores do campo antropológico (e de outros saberes), há que se tomar o poder na acepção ***foucaultiana*** do termo, isto é, não buscar conceituá-lo, mas antes entendê-lo na observação de seu próprio exercício fluído e polimorfo.

Referências bibliográficas

BASTOS, Rafael José de Menezes. "Antropologia como crítica cultural e como crítica a esta: dois momentos extremos de exercício da ética antropológica (entre índios e ilhéus)". ***In***: Ética e estética na antropologia. Florianópolis: PPGAS/UFSC/CNPq, 1998.

BECKER, Simone. Breves reflexões sobre intervenção e ética nos laudos antropológicos. In: LEITE, Ilka Boaventura (org.). ***Laudos periciais Antropológicos em debate***. Florianópolis: NUER/ABA, 2005.

_____. ***Quando maternidade não rima com homo(bi)ssexualidade: Uma análise das (des)continuidades dos discursos jurídicos***. Projeto de doutorado, elaborado sob orientação da Profa. Dra. Miriam Pillar Grossi e defendido junto ao PPGAS/UFSC, mai 2005.

375 Seja na seara dos laudos antropológicos, seja na seara da antropologia da saúde.

376 Cf. M. Sahllins, ***Esperando Foucault..., op. cit.***

BOHANNAN, Paul. "A categoria injô na Sociedade Tiv". ***In: Antropologia do Direito: Estudo comparativo de categorias de dívida e contrato***. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

CAMPOS, Carmen Hein. "Mulheres e direitos humanos". ***In: Antropologia, diversidade e direitos humanos: Diálogos interdisciplinares***. Porto Alegre: UFRGS, 2004.

CANGUILHEM, Georges. ***O normal e o patológico***. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CARDOSO, Ruth C.L. "Aventuras de antropólogos em campo ou como escapar das armadilhas do método". ***In: A aventura antropológica – Teoria e pesquisa***. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. "O mal-estar da ética na antropologia prática". ***In: Antropologia e ética – O debate atual no Brasil***. Niterói: UUF, 2004.

CARTA DE PONTA DAS CANAS. ***Textos e debates***. Florianópolis: NUER/UFSC, 2001.

CÓDIGO DE ÉTICA DO ANTROPÓLOGO. ***In:*** www.abant.org.br , 2005.

CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO DOS SANTOS, Sílvio. "Notas sobre ética e ciência". ***In: Ética e estética na antropologia***. Florianópolis: PPGAS/UFSC/CNPq, 1998.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ***In***: Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORREA, Mariza. ***Crimes de paixão***. São Paulo: Brasiliense, 1983.

DE SOUSA, Rosinaldo Silva. "Direitos humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica". ***In: Antropologia e direitos humanos***. Niterói: UFF, 2001.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. ***In***: ***Site*** http://www.onu.org/naciones.htm , 2005.

DOS SANTOS, Daniela Cordovil Corrêa dos Santos. "Antropologia e direitos hu-

manos no Brasil". ***In: Antropologia e direitos humanos***. Niterói: UFF, 2001.
DOUGLAS, Mary. ***Pureza e perigo***. São Paulo: Perspectiva, 1976.

FIGUEIREDO, Débora de Carvalho. "Vítimas e vilãs « monstros » e « desesperados ». Como o discurso judicial representa os participantes de um crime de estupro". ***In: Linguagem e (Dis)curso***. Tubarão, SC: Unisul, 2002.

FOUCAULT, Michel. ***A microfísica do poder.*** Rio de Janeiro: Graal, 2001.

____. ***Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão***. Rio de Janeiro: Graal, 2003.

GARNELO, Luiza & Robin WRIGHT. "Sickness, healing and health services: Social representations, practices and demands amog the Baníwa". ***Cadernos de Saúde Pública***. Rio de Janeiro: Fiocruz, v. 17 n. 2, 2001.

GEERTZ, Clifford. ***A interpretação das culturas***. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

____. O saber local – ***Novos ensaios em antropologia interpretativa***. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GLUCKMAN, Max. "Obrigação e dívida". ***In: Antropologia do direito: Estudo comparativo de categorias de dívida e contrato***. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

KANT DE LIMA, Roberto. "Éticas e identidades profissionais em uma perspectiva comparada". ***In: Antropologia e ética – O debate atual no Brasil***. Niterói: UUF, 2004.

KLEINMAN, Arthur. "Concepts and a model for the comparison of medical system as cultural systems". ***Social Science and Medicine***, n. 12, 1973.

LANGDON, Esther Jean. "Representações de doenças e itinerário terapêutico dos Siona da Amazônia Colombiana". ***In: Saúde e povos indígenas***. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994.

LARAIA, Roque de Barros . "Ética e antropologia". ***In : Ética e estética na antropologia***. Florianópolis: PPGAS/UFSC/CNPq, 1998.

LEACH, Edmund Ronald. ***Sistemas políticas da Alta Birmânia***. São Paulo: Edusp, 1996.
LEITE, Ilka Boaventura. ***O legado do testamento – A comunidade de Casca em perícia***. Florianópolis: UFSC/NUER, 2002.

____. "Questões éticas da pesquisa antropológica na interlocução com o campo jurídico". ***In: Antropologia e Ética – O debate atual no Brasil***. Niterói: UUF, 2004.

LOPES, Milena Elvira Vieira. "Transfusão de sangue em crianças e adolescentes Testemunhas de Jeová", ***in: Revista da ESMESC***, vol.13. Florianópolis: ESMESC, 2002.

MAUSS, Marcel. "Ensaio sobre a dádiva". ***In: Marcel Mauss: Sociologia e antropologia***. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

MOURA, Maria Margarida. ***Os herdeiros da terra: Parentesco e herança numa área rural***. São Paulo: HUCITEC, 1978.

OLIVEIRA, João Pacheco de. "O antropólogo como perito: entre o indianismo e o indigenismo". ***In: Antropologia, impérios e Estados nacionais***. Rio de Janeiro: Relume-Dumará/FAPERJ, 2002.

PEIRANO, Mariza. ***A favor da etnografia***. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

PRITCHARD, Evans-Evans. ***Bruxarias, oráculos e magia entre os Azande***. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

SAHLINS, Marshall. ***Esperando Foucault, ainda***. São Paulo: Cosac Naify, 2004.

SILVA, Aracy Lopes da. "Há antropologia nos laudos antropológicos". ***In: A perícia antropológica em processos judiciais***. Florianópolis: UFSC, 1994.

SILVEIRA, Maria Lúcia. ***O nervo cala, o nervo fala: A linguagem da doença***. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.

SOUZA, Maria Iara . “Na trama da doença: uma discussão sobre redes sociais e doença mental”. ***In: Experiência de doença e narrativa***. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999.

SOUZA, Maria Iara & Paulo César ALVES. “Escolha e avaliação de tratamento para problemas de saúde: considerações sobre o itinerário terapêutico”. ***In: Experiência de doença e narrativa***. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999.

TURNER, Victor. ***Dramas, fields, and metaphors. Symbolic action in human societh***. Ithaca and London: Cornell U.P., 1974.

VELHO, Gilberto. “Observando o familiar”. ***In: Individualismo e cultura***. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

ZALUAR, Alba. ***A máquina e a revolta: As organizações populares e o significado da pobreza***. São Paulo: Brasiliense, 1985.

13. SEGREDO DA IDENTIDADE DO VÍNCULO DE FILIAÇÃO: Anonimato do doador, na procrição assistida heterológica; Anonimato do pai biológico, na doação anonimato do genitor no instituto do parto anônimo

Cristina Grobério Pazó[377]*

1. A filiação e o direito de família

O atual direito de família pátrio constitucional[378] e infraconstitucional[379] trata de forma equânime as filiações biológicas e socioafetivas. Seguindo a tendência legal, a doutrina pátria majoritariamente vem produzindo suas construções conceituais não mais discriminando e/ou diferenciando as duas formas de filiações.

Para Sílvio Rodrigues,[380] a filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado. Quando se refere aos ascendentes, a filiação passa a ser denominada paternidade ou maternidade.

377 * Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Professora Adjunta da Universidade Federal da Grande Dourados. Endereço eletrônico: crispazo@bol.com.br.

378 Art. 227,§ 6.º Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em 20 de mai. 2008.

379 Art. 1.596, Código Civil Brasileiro. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002; art. 20, Estatuto da Criança e Adolescente. Lei 8.069 de 13 de junho de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 23 de mai. 2008. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em 03 de mai. de 2008.

380 S. Rodrigues, ***Direito Civil***, 28ª ed., atual. F.J. Cahali, São Paulo, Saraiva, 2004, vol. 6, p. 297.

2. Breve histórico do instituto da filiação no direito de família brasileiro

Durante séculos, havia a presunção de que a maternidade era sempre certa (***mater semper certa est***) enquanto a paternidade era sempre incerta (***pater semper incertus est***).

No Brasil, o Código Civil de 1916 ao abordar o tema fazia a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Conforme Carlos Roberto Gonçalves,[381] os filhos legítimos eram os que se originavam do casamento, os ilegítimos por sua vez dividiam-se em naturais e espúrios, sendo os primeiros oriundos de relações em que não havia impedimentos para o casamento dos pais e os segundos de relações em que ocorria algum impedimento ao casamento dos pais, adulterinos no caso de um dos pais, ou ambos, serem casados, e incestuosos no caso dos pais serem parentes próximos como, por exemplo, irmãos.

Assim, dispunha o artigo 337 do mencionado diploma legal: "são legítimos os filhos concebidos na constância do casamento, ainda que anulado (art. 217), ou mesmo nulo, se contraiu de boa fé (art. 221)". Ainda sobre o tema, o artigo 358, revogado pela Lei 7841/89, declarava que: "Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos". O Código Civil de 1916 ainda apontava a legitimação de ilegítimos e reconhecimento.

No entanto, com o advento da Carta Constitucional de 1988, tal classificação não mais subsistia, haja vista a redação do parágrafo 6º do artigo 227 da Carta Magna, que determina que: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

381 C.R. Gonçalves, ***Direito Civil Brasileiro – Direito de família***, São Paulo, Saraiva, 2005, vol, VI, p. 273.

A Lei 8.560/92 que trata da investigação de paternidade revogou o art. 337 do antigo Código Civil pondo fim a diferenciação da denominação dos filhos.

O Código Civil de 2002 seguiu esta tendência não adotando distinção entre filhos havidos dentro ou fora do matrimônio. Conforme redação do artigo 1.596: "Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

Entretanto, a presunção de paternidade continua a imperar apenas como efeito do matrimônio.

3. Direitos da personalidade: a criança, o doador, o genitor e o pai biológico

A categoria direitos da personalidade foi incorporada em nosso ordenamento civil infraconstitucional a partir do Código Civil de 2002 (arts. 11 a 21); antes de tal positivação a mesma estava presente em algumas construções doutrinárias pátrias e poderia ser aplicada do ponto de vista legal com a interpretação sistêmica de alguns incisos do artigo 5.º da Carta Constitucional de 1988[382], tais como: "X" - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação e "V" é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

> Conceituam-se direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em

382 Os direitos da personalidade e os direitos fundamentais são terminologias diferentes para direitos similares, no âmbito público aplica-se a expressão direitos fundamentais, já na seara do direito privado aplica se a nomenclatura direitos da personalidade. Esse entendimento pode ser encontrado na obra de C.A. Bittar, Os direitos da personalidade, 7. ed. Atual, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 10-25 e de E.P. Farias, Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação, 2.ed. atual., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p.132-133.

> si e em suas projeções sociais. A idéia a nortear a disciplina dos direitos da personalidade é a de uma esfera extrapatrimonial do indivíduo, em que o sujeito tem reconhecidamente tutelada pela ordem jurídica uma série indeterminada de valores não redutíveis, pecuniariamente, como a vida, a integridade física, a intimidade, a honra, entre outros.[383]

A doutrina pátria majoritariamente defende o pressuposto que os direitos da personalidade são inerentes[384] à pessoa humana, predominando uma visão jusnaturalista sobre tal matéria, prevalecendo a ideia que independente da positivação os direitos da personalidade devem ser resguardados como uma categoria inata da constituição do ser humano/sujeito de direitos e deveres. Contudo, a positivação desses direitos foi fundamental para que essa categoria passasse concretamente a ser conhecida, debatida, protegida e conquistasse efetividade em nosso judiciário.

Os direitos da personalidade possuem uma série de características/princípios que dão a tônica estruturante dessa categoria de direitos subjetivos, muitas dessas características estão positivadas no artigo 11[385] do Código Civil de 2002.

O artigo 11 traz de forma expressa três características dos direitos da personalidade: a instransmissibilidade, a irrenunciabilidade e a indisponibilidade.

Os direitos da personalidade são intransmissíveis, pois não é possível em vida e nem após a morte transmitir tais direitos a outrem. A transmissão de uma pessoa para outra, de tal direito, é impossível por causa de

383 P.S. Gagliano, & R. Pamblona Fº, ***Novo Curso de Direito Civil: Parte geral***, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2003, v. 1, p. 144.
384 J.M.L.L. Oliveira, Novo Código Civil Anotado, art. 1.º a 232, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, v.1. Parte Geral, p. 46. C.C. Farias, & N. Rosenvald, ***Direito Civil – Teoria Geral, 6ª*** ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 108. C.R. Gonçalves, ***Direito Civil Brasileiro: Parte geral***, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 153. C.M.S. Pereira, ***Instituições de Direito Civil: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil***, 21ª ed., Rio de Janeiro, Forense, vol. 1, p. 238. S. Rodrigues, ***Direito Civil: Parte geral, 33ª*** ed, atual., São Paulo, Saraiva, 2003, vol. 1, p. 61.
385 Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunicáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 23 de mai. 2008.

sua condição de ser de conteúdo extrapatrimonial, ou seja, inestimável de valoração econômica, não sendo possível converter a honra, a imagem, a vida e outros direitos personalíssimos em pecúnia.

> Intransmissíveis ou indisponíveis: são intransmissíveis pois inseparáveis da pessoa, razão pela qual nascem e se extinguem ***ope legis*** com a pessoa. Em verdade, a ninguém é dado gozar em lugar de outrem de bens como a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a honra, o nome o recato e assim por diante [...] Essa impossibilidade de transmissão ou de transferência, que marca os chamados direitos da personalidade, decorre da própria natureza dos bens que envolve.[386]

A categoria extrapatrimonial[387] é bastante citada em nossa doutrina pátria como sendo uma das características[388] dos direitos da personalidade construída por nossa doutrina, mas ela também está implicitamente positivada no artigo 11 quando prevê a intransmissibilidade dos direitos da personalidade.

Os direitos da personalidade são irrenunciáveis, nisso consiste que a pessoa humana não pode renunciar voluntariamente de sua honra, liberdade, vida, integridade física, integridade psíquica e outros. A característica da irrenunciabilidade, por sua vez, significa que as pessoas, querendo ou não, estão submetidas à titularidade de tais direitos, sendo trazida por

386 M.C.C.L. Santos, (org.), ***Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios***, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 158.

387 C.C. Farias & N. Rosenvald, ***Direito Civil: Teoria Geral, 6ª*** ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 108. C.C. Gonçalves, ***Direito Civil Brasileiro: Parte gera***l, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 153. C.M.S. Pereira, ***Instituições de Direito Civil: Introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil,*** 21ª ed., Rio de Janeiro, Forense, vol. 1, p. 239. S. Rodrigues, ***Direito Civil: Parte geral***, 33ª ed, atual., São Paulo, Saraiva, 2003, vol. 1, p. 61.

388 Divergindo da maioria da doutrina Coelho entende que nem todos os direitos da personalidade são extrapatrimoniais. "A honra, o nome, a integridade física são atributos não passíveis de precificação. Quando lesados os direitos correspondentes, a vítima terá direito a indenização por dano moral, cuja tradução pecuniária não guarda relação quantitativa com o valor da ofensa. Mas, se a quase-totalidade dos direitos da personalidade não pode ser mensurada em valores monetários, há alguns deles que, dependendo do titular, são nitidamente patrimoniais. Pense-se no exemplo do direito à imagem titularizado por um famoso artista ou desportista. Trata-se de direito plenamente quantificável em dinheiro, de acordo com padrões e critérios reconhecidos e partilhados por publicitários, anunciantes e meios de comunicação de massa. O melhor entendimento da matéria, por conseguinte, é o da distinção entre direitos da personalidade patrimonias e extrapatrimoniais". F.U. Coelho, ***Curso de Direito Civil***, vol. 1, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 182.

Santos[389] como uma "ligação íntima com a personalidade e ter eficácia irradiada por essa. Se o direito é de personalidade, irrenunciável é. Não importa, em conseqüência qual seja".

O artigo 11 do Código Civil apresenta a noção da indisponibilidade, ao mencionar que não pode o exercício dos direitos da personalidade sofrer limitação voluntária. Todavia, mister se faz evocar as jornadas de Direito Civil, as quais intentam a discutir os variados dispositivos do ordenamento jurídico na seara cível. O artigo 11 supra mencionado foi objeto de discussão, e assim se encontra disposto o seu enunciado 4º: "o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral"[390].

Existem alguns direitos personalíssimos que fogem da regra geral da indisponibilidade, citamos como exemplo o direito de imagem, sendo vedada, contudo, as disponibilizações que gerem em "lesão à honra, ao decoro [...], à intimidade e a outros valores da pessoa (uso torpe), verificando-se, nesse caso, atentado contra os aspectos correspondentes (e não violação ao direito de imagem, que se reduzirá a meio para o alcance do fim visado)[391]".

É válido expor agora que os direitos da personalidade dotam também de outras características peculiares, quais sejam: absolutos, imprescritíveis, vitalícios e necessários.

Em relação ao fato de serem absolutos (de exclusão), importa mencionar que podem ser demandados ***erga omnes***, ou seja, contra todos, podendo qualquer pessoa acionar a tutela jurídica do Estado em busca de proteção contra até mesmo o próprio poder estatal. Concernente a Santos,[392] tal caráter:

> conduz a uma modalidade de obrigação em que o sujeito passivo (universal) permanece indeterminado até que haja a ocorrência de

389 M.C.C.L. Santos, (org.), ***Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios, São Paulo***, Revista dos Tribunais, 2001, p. 159.
390 Ministro R.B. Aguiar Jr. (org.), ***Jornada de Direito Civil***, Brasília, CJF, 2007.
391 C.A. Bittar, ***Os Direitos da Personalidade***, 5. ed., São Paulo, Forense Universitária, 1996, p. 93.
392 M.C.C.L. Santos (org.), ***Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios***, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 158.

> um ilícito, de que decorrerá para o ofensor a responsabilidade de reparar o dano causado. São absolutos, pois estão aparelhados de uma sanção contra quem quer que lese.

No que tange à imprescritibilidade, pautado no raciocínio genérico de que são direitos que não cessam, perdurando até a morte do indivíduo, relevante é expor o pensamento de Cristiano Chaves de Farias[393], que aduz que essa característica:

> [...] impede que a lesão a um direito da personalidade venha a convalescer com o passar do tempo, obstando a pretensão de assegurar o livre exercício do direito da personalidade. Não se confunde, todavia, com a prescritibilidade da pretensão indenizatória de eventual dano decorrente da violação de direito da personalidade. Prescreve, normalmente, em três aos a pretensão de obter indenização por danos sofridos, inclusive a direitos da personalidade (CC, art.206, §3°, V). Imprescritível a pretensão de garantir o exercício do direito, mas não de reparar pecuniariamente eventual dano sofrido.

Quanto ao fato de serem vitalícios e necessários, que refletem na impossibilidade de prescrição da tutela de garantir o direito, apontam os doutrinadores que:

> [...] são vitalícios, extinguindo-se, naturalmente, com a morte do titular, como corolário de seu caráter intransmissível. Não se esqueça, de qualquer forma, que se reconhece como direito da personalidade da pessoa viva, a proteção dos direitos da personalidade de alguém que já morreu, como assinala o Parágrafo Único do art. 1 do Estatuto Substantivo. São os chamados lesados indiretos, que estão legitimados para reclamar proteção aos direitos da personalidade do cônjuge ou companheiro falecido, bem como de seus parentes (mortos) em linha reta ou colateral até o quarto grau[394].
> [...] são necessários no sentido de que não podem faltar, o que não ocorre com qualquer dos outros direitos. Em conseqüência, jamais se pedem esses direitos, enquanto viver o titular, sobrevivendo-lhes

393 C.C. Farias, ***Direito Civil: Teoria Geral***, 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 111.

> a proteção legal em algumas espécies. Tratam-se de direitos que permanecem ligados em caráter definitivo à pessoa do respectivo titular[395].

À luz dessas características, podemos passar à análise das classificações dos direitos da personalidade, com o intuito de identificar em quais prismas da personalidade humana elas irão incidir.

No território civilista brasileiro, classificar os direitos da personalidade é uma tarefa que vem sendo bastante debatida por diversos doutrinadores e, evidentemente, é um ponto importante para o estudo de tal categoria subjetiva de direitos.

Neste trabalho, adotaremos a classificação dos direitos da personalidade formulada por Carlos Alberto Bittar[396]. Para essa, os direitos da personalidade estão divididos em três categorias, quais sejam: direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais.

Concernente a classificação direitos físicos devemos considerar "a pessoa em si, identificando-se, em verdade, os respectivos modos de ser, que formam a sua integridade corporal ou física e a sua integridade psíquica"[397]. Subdivididos em sete, os direitos físicos são: os direitos à vida, à integridade física, ao corpo, as partes do corpo, ao cadáver, à imagem e a voz.

O direito à vida é apontado como posição de destaque perante os outros direitos da personalidade, uma vez que todos os outros direitos da personalidade serão frutos, de alguma forma, do mesmo.

Sobre este aspecto, uma vez ocorrendo o nascimento com vida, sendo a forma humana concebida naturalmente ou artificialmente, esse direito acompanha o indivíduo durante toda a sua vida, até a morte.

Através do direito à integridade física, protege-se a incolumidade do corpo humano e da mente, objetivando evitar o submetimento de

395 M.C.C.L. Santos (org.), ***Biodireito – Ciência da vida, os novos desafios***, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 158.
396 C.A. Bittar, ***Os Direitos da Personalidade***, 5. ed., São Paulo, Forense Universitária, 1996.
397 Ibidem, p. 64.

qualquer individuo a sofrimentos físicos/prejudiciais à saúde. Para tanto, a legislação penal brasileira traz diversos dispositivos que punem aqueles que colocam em perigo a higidez corporal ou intelectual dos cidadãos.

O direito ao corpo seria uma ramificação do direito à integridade física, devendo ser analisado como o meio pelo qual as pessoas realizam a sua missão na sociedade. Este, por sua vez, se desdobra no direito sobre as partes do corpo, dentre os quais se ressalta que, conforme afirma Amaral[398], "enxertes e próteses, implantadas e não rejeitadas pelo organismo, e não separáveis do corpo sem causar a este um dano simultâneo, são objeto de direitos da personalidade e não de direitos reais".

Para analisar outra espécie de direito da personalidade encaixado nessa modalidade de classificação, devemos partir da premissa que todo o ser humano possui particularidades que os individualizam na sociedade, as quais são identificadas por caracteres específicos de cada um, que constituem a ***imagem*** das pessoas.

Para finalizar essa modalidade classificatória, temos o direito à voz, o qual possui tratamento constitucional disposto no artigo 5°, XXVIII, "a" ("são assegurados, nos termos da lei: a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humana, inclusive nas atividades desportivas[399]"), incidindo tal direito "sobre a emanação sonora natural da pessoa, proveniente do aparelho fonador e exercitada em toda a sua evolução para adquirir, na fase adulta, a sua conformação definitiva"[400].

Os direitos psíquicos são aqueles que integram o psiquismo humano, contendo cinco subdivisões, quais sejam: o direito à liberdade, à intimidade, à integridade psíquica e ao segredo.

A propósito do direito à liberdade, observamos que o mesmo alcança diversas categorias, podendo então sofrer um desmembramento

398 F. Amaral, ***Direito Civil: Introdução***, 5. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o Novo Código Civil, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 263.

399 Brasil, Art. 5°, inciso XXVIII, "a", de 05 de outubro de 1988. Regulamenta direitos e deveres individuais e coletivos, ***in Constituição da República Federativa do Brasil***, 6 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

400 C.A. Bittar, ***Os Direitos da Personalidade***, 5. ed., São Paulo, Forense Universitária, 1996, p. 99.

interno, classificando-se então em: liberdade de locomoção, contratual, comercial, de culto, de expressão de pensamento, de imprensa, entre outras várias.

Nas palavras do ilustre Bittar, "consiste esse direito em poder a pessoa direcionar suas energias, no mundo fático, em consonância com a própria vontade, no alcance dos objetivos visados, seja no plano pessoal, seja no plano negocial, seja no plano espiritual[401]".

Importa expor que no que tange à disponibilidade de tal direito, que a mesma ocorrerá possibilitando a participação do individuo no seio social, sendo ela, entretanto, limitada pelo limite da ***perda***, visto que o permitido é "a restrição ou a redução da liberdade para o ajuste da pessoa aos diferentes mecanismos de relação existentes na sociedade"[402].

No que é pertinente ao direito à intimidade, busca-se a proteção da tutela da privacidade do indivíduo, abordando-a em nível pessoal, familiar e negocial. Esse tipo de direito da personalidade explana a ideia do indivíduo querer proteger do conhecimento de terceiro determinados aspectos sobre sua vida particular, seja a vida privada, o lar, a família, a correspondência, ou outro que englobe a esfera intima/particular da pessoa.

Conforme já foi dito antes, ainda se enquadra nessa modalidade o direito à integridade psíquica, que objetiva proteger o conteúdo do psiquismo humano, procurando, segundo Bittar[403], "resguardar os componentes identificadores da estrutura interna da pessoa e norteadores de sua própria ação (elementos de sua mente)".

E, por fim, se indica na modalidade de direitos psíquicos o direito ao segredo (sigilo), que pode ser explicado como um atributo resguardado ao indivíduo de manter sua vida privada/intimidade em sigilo. Esse direito, por sua vez, abarca na esfera cível três ramificações, quais sejam: pessoal – ninguém deve ser submetido à tortura ou outro meio qualquer para ser incumbido de dizer algo a alguém; correspondência – não deve ser violado

401 Ibidem, p. 102.
402 Ibidem, p. 103.
403 Ibidem, p. 155.

esse direito do particular, pertencendo a integralidade da correspondência apenas ao destinatário e a quem este quiser por sua vontade mostrar; e profissional – o profissional toma ciência do fato em razão do exercício de sua função, lhe sendo vedada a revelação.

Para dar credibilidade ao disposto acerca desse último direito da personalidade apontado nessa modalidade, citamos o artigo 21 do diploma legislativo civil, o qual explana acerca da questão perfeitamente: "a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providencias necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma[404]".

A classificação direitos morais é subdividida, segundo Bittar, em quatro, sendo essas o direito à identidade, à honra, ao respeito e às criações intelectuais.

No tocante à identidade, destacamos como elemento principal o nome, sendo seguido de outras particularidades voltadas para a identificação das pessoas. É relevante fixar que o legislador do Código Civil de 2002 reservou especificamente quatro artigos (Art.16-19) para falar acerca do nome civil dos indivíduos, abrangendo em sua literalidade características especificas.

Salienta-se entre os direitos morais um direito da personalidade imperioso aos indivíduos, que é o direito à honra. Para falarmos de honra, primeiramente devemos conhecer seu conceito, que seria um conjunto de atributos físicos (estéticos), morais e intelectuais que adquirimos ao longo da vida. Estes, por sua vez, devem ser refletidos na consideração dos outros (honra objetiva) e no sentimento da própria pessoa (honra subjetiva).

Busca-se, neste direito, proteger "a reputação, ou a consideração social a cada pessoa devida, a fim de permitir-se a paz na coletividade e a própria preservação da dignidade humana[405]".

404 Brasil, art. 21 de 10 de janeiro de 2002. Regulamenta direitos da personalidade, ***in Código Civil***, 6. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

405 C.A. Bittar, ***Os Direitos da Personalidade***, 5. ed., São Paulo, Forense Universitária, 1996, p. 129.

Há ainda o direito ao respeito, também de cunho moral, que aduz sobre o respeito pessoal que cada cidadão comum faz jus no convívio em sociedade. E, por fim, existe o direito às criações intelectuais, também identificados como direitos autorais.

Passaremos agora a ilustrar algumas normas que protegem os direitos da personalidade das crianças e adolescentes.

O caput do artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e o caput do artigo 4.º do Estatuto da Criança e Adolescente apresentam uma redação quase idêntica, vejamos:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.[406]

Essas normas deixam claro que a intenção do legislador é que a proteção da infância e da adolescência se dê de forma integrada em todos os seguimentos da sociedade, enfatizando que a proteção dessas é uma das prioridades nacionais. São escopos dessas regras, ainda, a concretude da conscientização e educação de todos os atores sociais.

O Estatuto da Criança e Adolescente é rico na positivação dos direitos da personalidade das crianças e adolescentes. O artigo 3.º prevê de forma genérica e abstrata vários feixes dessa proteção, vejamos:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes

406 Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Lei 8.069/90. Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em 03 de mai. de 2008.

> facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.[407]

O princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República, está positivado no art. 1.º, III de nossa carta Constitucional, a positivação desse princípio, nesse contexto constitucional, já seria suficiente para proteção da infância nacional.

A lei 8.069 de 1990, dos seus artigos 7.º ao 69, enumera os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Os artigos 7.º ao 14 visam a proteção do direito à vida e à saúde.

O artigo 7.º aborda normas especificas para concretizar a proteção à vida e à saúde da criança e do adolescente. Esse dispositivo prevê a necessidade de efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Os artigos de 15 a 18 protegem o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, prevendo que as crianças e adolescentes: a) são sujeitos de direitos civil, humanos e sociais em nossa ordem legal; b) têm direito à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral e c) é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente.

Os artigos de 19 a 52 abordam o direito à convivência familiar e comunitária. Essas normas protegem o direito à filiação, prevendo que todos os filhos são iguais em nosso direito pátrio e positivam ainda sobre: a família natural; a família substitutiva e os instrumentos da guarda, tutela e adoção.

O rol dos direitos da personalidade dos filhos não é taxativo, mas entendemos que é oportuno e didático enumerar alguns desses direitos: a) direito à vida; b) direito à vida digna; c) direito à integridade física, d) direito à integridade moral, e) direito à integridade psíquica, f) direito ao nome, g) direito ao conhecimento de sua origem genética e outros.

---

407 Art. 3º. Lei 8.069/90. Estatuto da Criança e Adolescente. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em 03 de mai. de 2008.

Defendemos que toda pessoa deve ter o direito personalíssimo de conhecer sua origem genética, pois: várias doenças podem ser prevenidas ou saradas com o conhecimento de fatores genéticos; o não conhecimento da origem genética pode permitir que irmãos separados pela adoção venham a contrair núpcias.

O homem doador de sêmen não tem intenção de ser "pai". Em muitas vezes, sua motivação é auxiliar casais que anseiam em concretizar o sonho de serem pais e recorrem à reprodução assistida heteróloga[408] para realizar tal anseio. É importante respeitar os direitos da personalidade desse doador, uma categoria desses direitos é o direito ao anonimato, ou seja, o direito que sua identidade seja preservada.

A Resolução nº 1.358/92[409] do CFM (Conselho Federal de Medicina) determina que a doação de gametas nunca terá caráter lucrativo ou comercial e que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

O homem "genitor" no instituto do parto anônimo[410] é, em regra, um não sujeito, pois todo o procedimento pode ser feito sem sua ciência. A mulher grávida dele pode realizar o parto sem que ele tome conhecimento deste e em muitas hipóteses, inclusive, ele desconhece a existência da gravidez. A ocorrência do parto anônimo sem a anuência do 'genitor' fere em nosso entendimento os direitos da personalidade desse "homem". Esse homem "genitor" pode também não desejar ser pai, mas tem direito de participar dessa decisão.

O "pai biológico" no instituto da adoção pode ter perdido seu "poder familiar" mediante um processo de perda do "poder familiar" ou pode ter abdicado de seu direito à paternidade voluntariamente ou por desconhecimento que é pai dessa criança. Para fins de direitos da personalidade, não importa o que motivou o fim da paternidade.

---

408 No próximo item de nosso artigo será melhor abordado esse assunto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em 03 de mai. de 2008.

409 Disponível em: http://www.ghente.org/temas/reproducao/documentos.htm. Acesso em 06 de mai. 2008.

410 Os projetos de leis que visam implementar o parto anônimo em nosso país serão abordados de forma mais detalhada no item seis de nosso artigo.

4. Filiação e técnicas de reprodução assistida

O surgimento das técnicas de reprodução medicamente assistida possibilitou a inúmeros casais a possibilidade de gerarem filhos. Entre as principais técnicas, destacamos a inseminação artificial, que pode ser homóloga ou heteróloga, dependendo da fonte, quando os gametas provêm do próprio casal tratar-se-á de uma inseminação homóloga e sendo a fonte pessoa estranha ao casal, heteróloga.

O atual Código Civil não desconsiderou o advento das técnicas de reprodução assistida. Em seu artigo 1.597, abrange hipóteses de presunção de paternidade que englobam as técnicas de inseminação artificial:

> III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
> IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
> V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Nota-se que havendo o consentimento do marido na inseminação artificial heteróloga este assume para si a paternidade do nascituro e todas as obrigações decorrentes desta.

O enunciado 104, da 2ª Jornada de Direito Civil, Conselho da Justiça Federal, STJ, prevê que:

> 104 - Art. 1.597: no âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) de vontade no curso do casamento.[411]

411 Ministro R.B. Aguiar Jr. (org.), ***Jornada de Direito Civil***, Brasília, CJF, 2007.

Desta forma, a paternidade transcende a ideia de mero compartilhamento de material genético como nos casos da adoção ou da inseminação artificial heteróloga, passando importar os laços afetivos, a chamada paternidade sócio-afetiva.

5. Parto Anônimo

Tramitam no Congresso Nacional Brasileiro dois projetos de lei que visam implementar o instituto do parto anônimo em nosso ordenamento: o PL n.º 2.747/2008 do Deputado Federal Eduardo Valverde do PT de Roraima e o PL n.º 3.220/2008 do Deputado Sérgio Barradas Carneiro do PT da Bahia, sendo este Deputado associado do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

Segundo o PL n.º 2.747/2008,[412] o intuito da norma é criar mecanismos para coibir o abandono materno e implementar o parto anônimo em nosso país. Entendemos que o objetivo de implementar o parto anônimo pode ser concretizado com a aprovação de referido projeto. Entretanto, não vemos em nenhum dispositivo do referido projeto instrumentos que possam concretamente coibir o abandono materno no Brasil.

O artigo 2.º do referido PL prevê que é direito de toda mulher realizar o 'parto anônino'; fica claro a não necessidade do genitor para a concretude desse direito por parte da mulher "gestante". Essa previsão respeita o princípio da igualdade assegurado em nosso texto Constitucional? Essa previsão respeita o princípio da paternidade responsável?[413]

412 Disponível em http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=382874. Acesso em 15 de mai. 2008.

413 O princípio da paternidade responsável está presente em diversos momentos de nosso ordenamento legal, vejamos a previsão constitucional: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da **paternidade responsável**, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas [Grifo nosso]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em 20 de mai. 2008.

O parágrafo único do artigo 2.º prevê que o Sistema Único de Saúde estará obrigado a criar um programa específico com a finalidade de garantir, em toda sua rede de serviços, o acompanhamento e a realização do parto anônimo.

O artigo 4.º assegura a possibilidade que antes do parto e/ou da realização do pré-natal, as "mães" possam comparecer aos hospitais, da rede do SUS, declarando que não desejam a criança e que desejam que sua identidade seja preservada[414]. A terminologia mais adequada em tal hipótese não seria "gestante", "parturiente" ou "genitora"? Pois, se essa "mulher" não deseja ser "mãe" e o Estado pretende dar condições para que ela possa abdicar desse direito, ela não deveria ser denominada como "mãe" por esse projeto. Como será o controle dessa não identificação? Como compatibilizar o direito à vida digna, o direito à saúde da criança e o direito ao anonimato da mãe no instituto do parto anônimo?

O artigo 7º expõe que a mulher que se submeter ao parto anônimo será informada da possibilidade de fornecer informações sobre sua saúde ou a do "pai", as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, bem como, sua identidade que será mantida em sigilo, e só revelada pelo Hospital por ordem judicial ou em caso de doença genética do filho.

Esse é o primeiro dispositivo no projeto de lei que cita a figura do "pai" no instituto do parto anônimo. É fundamental realizarmos algumas ponderações sobre esse dispositivo; se esse genitor não participa da concretude do instituto do parto anônimo, quem irá fornecer as informações sobre sua saúde? Seria certo a norma definir como "pai" esse homem que a mesma não inclui como sujeito de direito? E que não participa da decisão sobre a feitura ou não do parto anônimo? E que muitas vezes desconhece por completo a existência de referida gravidez.

O artigo 7º é muito relevante para a proteção dos direitos da criança nascida do parto anônimo. Entendemos que a mulher deve ser obrigada a fornecer todos os seus dados para o hospital, e que essa instituição guarde

414 O artigo 6.º prevê a possibilidade da mulher antes ou no momento do parto, demandar o sigilo de sua identidade.

todos esses dados com todo sigilo necessário, mas que esses dados possam ser buscados no futuro através de decisão judicial, pois o conhecimento da origem genética é fundamental para muitas situações médicas e jurídicas futuras. Esse direito não tem nada haver com o direito de filiação, uma vez que o direito ao conhecimento da origem genética está amparado no direito à vida digna, no direito à saúde, na integridade física, psíquica e moral. Sem o conhecimento da origem genética pode ocorrer, por exemplo, casamento entre pessoas que legalmente estariam impedidas de casar[415].

Os artigos iniciais do PL 3.220/2008 são similares aos artigos iniciais do PL retro explanado, havendo a previsão do direito ao parto anônimo, havendo a prevenção do direito ao anonimato da mulher que deseja recorrer a esse instituto.

O artigo 6.º prevê que a mulher deverá fornecer e prestar informações sobre a sua saúde e a do genitor, como também as origens da criança e as circunstâncias do nascimento, que permanecerão em sigilo na unidade de saúde em que ocorreu o parto. O único legitimado ativo para pedir em juízo o conhecimento de referido dados é da pessoa nascida de parto anônimo.

Segundo tal previsão normativa, quem fornece os dados de saúde do genitor é a mulher. Isso está de acordo com a ideia de repersonalização[416] do direito de família tão debatida e defendida pela nova ótica civil e constitucional de nosso direito?

---

415 Art. 1.521. Não podem casar:

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 23 de mai. 2008.

416 A repersonalização oferece uma imagem mais adequada ao pai, à mãe e ao filho, tendo como liame o afeto. O atributo de autoridade e superioridade inerente do pai perde espaço para o relacionamento mais próximo do filho afetivamente. A família antes considerada somente como conservadora e transmissora de bens passa a ser o lugar onde se evidencia a realização pessoal do relacionamento afetivo com o outro. H.A. Andrada & C.G. Pazó, ***Depoimentos***, Revista de Direito das Faculdades de Vitória, n. 8, jan./dez., 2004, pp. 29-52.

Existem vários outros pontos importantes e valiosos nos dois projetos de lei sobre a institutucionalização do parto anônimo no Brasil, mas que fogem do objeto de estudo de nosso trabalho e que, portanto, não serão abordados no presente artigo.

6. Adoção

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe sobre a adoção em seus artigos 39 a 52 e o Código Civil em seus artigos 1.618 a 1.629.

A redação do artigo 47 do ECA[417] determina que:

> Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.
> § 1° A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.
> § 2° O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.
> § 3° Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.
> § 4° A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos.
> § 5° A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome.
> § 6° A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença, exceto na hipótese prevista no art. 42, § 5°, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

Nota-se que ao ser adotado, o registro é modificado, passando a constar como pais os adotantes.

Com base no artigo 1.626 do Código Civil[418]: "A adoção atribui a

417 Brasil, Lei 8.069. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 15.06.2008. 1990.

418 Brasil, ***Código Civil***. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 15/06/2008. 2002.

situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consangüíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento".

Conforme o estabelecido no artigo 41 do ECA, a adoção gera para os adotantes os mesmos deveres e direitos que os genitores possuem e para o adotado os mesmos direitos e deveres que os filhos, sendo a adoção irrevogável com base no artigo 48 do diploma legal supra mencionado.

Assim, por meio da adoção, os pais biológicos tornam-se desonerados de qualquer vínculo ou obrigação com o filho adotado, visto que os adotantes as assumem.

7. Princípios

Tomando por base as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio[419]:

> [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro, alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Para Suzana de Toledo Barros[420]:

> Embora se possa catalogar, formalmente, as normas de direitos fundamentais constantes de uma Constituição como regras ou princípios, o salto dialético nesse tipo de normas parece depender da consideração de que elas possuem um duplo caráter. Os direitos fundamentais, mesmo quando expressados sob a forma de regras, reconduzem-se a princípios, tendo em vista o valor ou bem que visam proteger.

---

419 C.A.B. Mello, ***Curso de Direito Administrativo***, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 817-818.

420 S.T. Barros, ***O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais***, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, p. 155.

Salta aos olhos uma oposição entre o direito à intimidade do homem (doador/genitor/pai biológico) e o direito ao conhecimento da origem genética da pessoa adotada ou fruto de inseminação artificial heteróloga, desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana, ambos previstos na Constituição Federal.

Buscando solucionar os atritos entre princípios, desenvolveram-se alguns métodos, entre eles o de Robert Alexy, citado por Ana Paula Tauceda Branco,[421] que apresenta o critério da proporcionalidade composto por três distintas fases: a) adequação, ao se fazer a análise não se deve desviar da finalidade de cada princípio examinado; b) necessidade, deve-se considerar se o meio escolhido era o único possível e existente para a solução do problema e se a forma utilizada era a mais benéfica e menos restritiva ao indivíduo e; c) proporcionalidade persistindo o choque ela deve ser solucionada por duas regras de ponderação: a 1ª diz respeito à escolha de um Princípio em detrimento de outro e às consequências jurídicas advindas de tal escolha, buscando a mais razoável para a solução do caso concreto, já a 2ª diz respeito à dimensão de intervenção em um Direito Fundamental, quanto maior for, maior a necessidade de fundamentação para justificar a medida adotada para solucionar a colisão.

8. Conclusão

No caso em tela, temos um conflito entre princípios de mesma natureza, a intimidade do homem (doador, genitor e pai biológico) e o direito ao conhecimento da origem genética do filho, o que garantiria uma existência digna tomando por base o critério supra explanado. Percebemos que embora o pai tenha direito à sua intimidade não devendo seus dados serem de conhecimento de todos, há necessidade de tomar ciência do patrimônio genético, algo inerente à constituição física do filho que transcende tal direito, devendo, portanto, ser concedido a este o acesso

421 A.P.T. Branco, ***A Colisão de Princípios Consittucionais no Direito do Trabalho***, São Paulo, LTR, 2007, p. 90.

aos dados do doador de esperma, ou no caso da adoção do pai biológico ou genitor.

Ressaltamos o fato de que o conhecimento da origem genética não está relacionado aos vínculos inerentes à filiação, mas, sim, trata-se de um direito de auto-conhecimento, haja vista o patrimônio genético ser algo intrínseco ao ser humano.

14. PRINCÍPIO DISPOSITIVO

José Gomes da Silva[422]

1. O princípio dispositivo e suas principais manifestações

1.1. Princípio e regra

Costuma-se definir ciência como o conjunto de conhecimentos ordenados coerentemente segundo princípios.[423] A doutrina utiliza o termo "princípio" com muitas significações: critério, política, sistema, requisito e regra. No Brasil, como na maioria dos países que adotam sistemas jurídicos de origem romanística, os princípios são considerados como fonte do direito,[424] de maneira que estando ou não previstos na lei, são aplicados cogentemente a todos os casos concretos.

O vocábulo princípio origina-se do latim ***principium***, significando o primeiro, aquele que ocupa o primeiro lugar. Nessa etimologia, compreende-se como origem, arquétipo, início ou começo de qualquer coisa, de onde tudo inicia a ser.[425]

---

422 Mestre e Doutor em Direito pela PUC-SP. Professor adjunto da Faculdade de Direito da UFGD.

423 Segundo Rui Portanova, citando C.-W. Canaris, ***Princípios do Processo Civil***, 4ª ed., Livraria do Advogado, 2001, p. 13.

424 "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito", estabelece o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 4/09/1942. "O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito", preceitua o art. 126 do Código de Processo Civil. A Constituição Federal, em seu art. 5º § 1º, dispõe: "os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados...". A profª T.A.A. Wambier observa que os princípios nem sempre tiveram, no direito, a importância que hoje lhes tem sido atribuída. Sua inclusão nos Códigos foi gradativa, com o escopo de evitar o vazio normativo e passaram a ter relevância, inicialmente, para o direito público, para depois integrar, cada vez mais, as Constituições. Passaram a ser vistos como direito. (***Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória***, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 57-58).

425 A palavra exprime o começo de vida ou o primeiro instante em que as pessoas ou coisas começam a existir. É

O termo foi introduzido na Filosofia por Anaximandro, e Platão aplicou-o em Fedro, como causa do movimento, mas foi Aristóteles quem primeiro catalogou e enumerou os significados de princípio. Na Filosofia enunciam-se, por exemplo, o ***princípio da contradição*** (uma coisa não pode ser e deixar de ser ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto); o ***princípio da identidade*** (o que é, é, ou em forma negativa, o que não é, não é); o ***princípio da causalidade*** (tudo que começa a existir deve ter uma causa).

Em física, por exemplo, menciona-se o ***princípio de Arquimedes*** (a impulsão sofrida por um corpo é tanto maior quanto mais o introduzimos dentro d'água).[426] Na teoria do conhecimento, é a essência do ser, fundamento de todo o conhecimento.

Certamente não é nesse sentido de que se fala em princípio dispositivo, inquisitivo, etc. Pelo seu étimo, princípio denota a ideia de fenômeno antecedente a um fato e que dá início a algo. Assim, por princípio processual somente se enquadram aqueles preceitos antecedentes a determinado sistema processual e capaz de dar-lhe suporte.[427]

Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, "a doutrina processual costuma indicar certos princípios informadores do direito processual que, com maior ou menor intensidade, ocorrem em todos os sistemas legislativos e servem para auxiliar em sua classificação e avaliação, indicando os respectivos pressupostos doutrinários em que eles se alicerçam e suas tendências

---

amplamente indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa, segundo De Plácido e Silva, Forense, 1978, p. 1220, v.II. São as verdades primeiras, àquilo que está no ***começo de tudo***, como diz a profª T. A.A. Wambier, ***Controle das decisões..., op. cit.***, p. 57. "No princípio, criou Deus os céus e a terra." ***Gênesis***, Cap. 1, v.1. "Princípios são verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos ordenados em sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade." M. Reale, ***Introdução à Filosofia***, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 46. Para L.R. Wambier, F.R.C. Almeida & E. Talamini, Princípios são regras "não escritas, de caráter geral, que têm a função de inspirar e orientar o legislador ao escrever os textos das leis processuais e que nos possibilitam compreender o contexto histórico, ético e moral que influenciou a elaboração da norma processual. Portanto, devem servir de vetores orientativos para o intérprete" (***Curso avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento***, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 62, v. 1. Na 10ª ed. da obra, p. 80, os mencionados processualistas esclarecem que os princípios "são normas 'fundantes' do sistema jurídico". "São, também, normas jurídicas").

426 J. Milhomens, ***A prova no processo***, São Paulo, Forense, 1982, p. 141.

427 V.S. Oliveira, ***Nulidade da Sentença e o Princípio da Congruência***, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 63.

mais marcantes.[428] "É a interpretação sistemática das regras jurídicas de um determinado ordenamento que evidenciará a adoção desse ou daquele princípio, tenha ocorrido ou não, preferência do legislador. O princípio – seja qual ele for – revela a linha de orientação a ser levada em conta pelo intérprete na solução de casos concretos, e mesmo em se tratando de princípios processuais, do modo como devem conduzir-se os operadores do processo."[429]

Na ciência jurídica, a doutrina distingue os ***princípios gerais*** do direito processual, também chamados de ***princípios fundamentais dos princípios informativos***. Estes, considerados quase que como axiomas – prescindem de maiores indagações e não necessitam ser demonstrados – são: princípios lógicos; princípios econômicos, princípios jurídicos e princípios políticos.[430] Contêm regras de cunho generalíssimo e abstrato, e se aplicam a todas as regras processuais, tanto às de índole constitucional quanto àquelas que estão nas normas ordinárias, independentemente de tempo e lugar. Os fundamentais albergam "um grupo de princípios menos abstratos, menos gerais, mais contextuais, e que se referem a um determinado ordenamento jurídico, levando em conta, inclusive, suas especificidades e características. Alguns deles, em razão da relevância de que se revestem, têm assento na Constituição Federal, situando-se como bases sobre que se constrói todo o sistema normativo processual infraconstitucional".[431] São, por exemplo: a) o princípio do devido processo legal (art. 5°, inc. LIV, da Constituição Federal); b) o princípio do contraditório, ou princípio da paridade de tratamento, ou ainda identificado como princípio da bilateralidade da audiência (art. 5°, inc. LV, da CF); c) o princípio dispositivo (art. 2°

428 ***Curso de Processo Civil***, 7. ed., Forense, 2005, p. 47, v. I.

429 A.J. Dall Agnol Júnior, ***O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti***, Ajuris n. 46, ano XVI - jul/1989, pp. 98-99.

430 Há quem acrescenta a esses quatro princípios, mais dois: ***princípios instrumentais*** (visualiza mudança na mentalidade do processualista, atualmente mais voltado para resultados substanciais e menos preocupado com a forma) e ***princípios efetivos*** (busca adequar o processo civil as novas necessidades sociais), conforme R. Portanova, ***Princípios do Processo Civil***, Porto Alegre, Livraria do Advogado, pp. 19-20.

431 L.R. Wambier, F.R.C. Almeida & E. Talamini, ***Curso avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, op. cit.***, p. 62, v. 1.

do CPC), que será analisado mais adiante; d) o princípio do impulso oficial (art. 262 do CPC); e) o princípio da oralidade, que se somam a outros três: da identidade física do juiz, da imediatidade, da concentração da causa; f) o princípio da publicidade, que está ligado ao princípio da motivação das decisões judiciais; g) o princípio da lealdade (art. 14 do CPC).

O ***princípio lógico*** seleciona os meios mais eficazes e rápidos de procurar e descobrir a verdade e evitar erros. Como o processo é, basicamente, uma sequência de atos visando um fim determinado, que é uma sentença que dê solução ao conflito de interesses, "há de existir lógica na concepção normativa de tais atos e em sua disposição ao longo do procedimento"[432]. Na sua estrutura, o processo deve ser lógico, de tal maneira que a contestação vem depois da petição inicial. Nesta, o autor narra, primeiramente, os fatos e os fundamentos jurídicos de sua pretensão para depois deduzir o pedido (art. 282 do Código de Processo Civil). Naquela, que deve ser deduzida antes da audiência de instrução e julgamento, deverá o réu, antes de discutir o mérito, alegar as matérias preliminares, dentre outras, a incompetência absoluta e a existência de coisa julgada. Ainda como exemplos desse princípio, no sistema processual brasileiro, é a regra que determina a junção de processos idênticos para julgamento único e a análise, pelo juiz, das preliminares arguidas pelo réu para somente depois analisar o mérito, na oportunidade da prolação da sentença; o ***econômico*** persegue a verdade com maior racionalidade, num processo desonerado de taxações, acessível a todos e[433] de duração razoável (art. 5°, LXXVIII, da Constituição Federal)[434]; o ***jurídico*** visa proporcionar aos litigantes, igualdade no processo e justiça na decisão, além de informar que tudo que

432 ***Idem***, p. 63.

433 R. Portanova, ***op. cit.***, pp. 19-20; A.C.A. Cintra, A.P. Grinover & C.R. Dinamarco, ***Teoria Geral do Processo***, 19ª ed., Malheiros, 2003, pp. 50-51.

434 A respeito do conteúdo vago do conceito, ver O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional, artigo escrito pela Dra. A.M.G.F. Scartezzini, ***Reforma do Judiciário. Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n.45/2004, Revista dos Tribunais***, 2005, pp. 41-49. Obra coletiva, Coord. T.A.A. Wambier, L.R. Wambier, L.M. Gomes Jr., O.C. Fischer & W.S. Ferreira.

se faça no processo deve ser rigorosamente dentro da lei, isto é, o processo deve seguir as regras preestabelecidas em um determinado ordenamento jurídico; e o ***político*** consiste em dar ao processo a máxima garantia social, com o mínimo de sacrifício individual da liberdade, bem como adequar as regras disciplinadoras do processo com a concepção democrática adotada no país. Esse princípio determina que o juiz deve julgar, ainda que haja lacuna na lei (art. 126 do Código de Processo Civil).

Como o escopo deste estudo é demonstrar que: a) o juiz, diante de sintomas de progressiva adoção de soluções inquisitoriais das doutrinas modernas, tem de exercer, no processo, postura ativa, não mais sendo admitido papel passivo, de mero expectador na formação do conjunto probatório; b) o juiz não é mais "estranho" em relação à exposição fática da lide, quer no que diz respeito à alegação dos fatos em si mesma, quer até no que diz respeito à própria impugnação, o princípio dispositivo tem de ser visto com outra roupagem. Por isso, não se investiga todas as concepções acerca da distinção entre princípios e regras, fazendo-o superficialmente, de forma objetiva.

Não havendo unanimidade na distinção entre princípios e regras, optou-se pelos critérios mais aceitos: a) do caráter hipotético-condicional; b) do modo final de aplicação; c) do conflito-normativo; d) do fundamento axiológico.[435]

Entendem os adeptos do primeiro critério (hipotético-condicional), que as regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo ***se, então***; "os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicar para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto".[436]

Para os que defendem o segundo critério, as regras são aplicadas de modo absoluto ***tudo ou nada***, enquanto que os princípios, de modo gradual ***mais ou menos***.

435 H. Ávila, ***Teoria dos Princípios***, São Paulo, Malheiros, p. 31.
436 ***Idem***, p. 31.

No terceiro critério (conflito-normativo), os autores defendem que a distinção entre regras e princípios é feita pelo modo como funcionam em caso de conflito normativo. Havendo antinomia entre regras, a solução é a declaração de invalidade de uma delas ou a criação de uma exceção; já entre princípios, há uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles. O princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. A prevalência de um princípio sobre o outro é somente para determinadas circunstâncias concretas.

Os defensores do critério do ***fundamento axiológico*** consideram os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.

Esses critérios de distinção são importantes, pois apontam para qualidades dignas de serem examinadas pela Ciência do Direito.[437]

1.2. O princípio dispositivo e a prova

O princípio dispositivo, segundo Adolf Schönke, é "aquele que, no processo civil, atribui às partes a tarefa de estimular a atividade judicial e praticar os atos do processo. Os fatos não praticados pelas partes não podem ser levados em consideração pelo Juiz; e, por regra geral, tampouco podem praticar provas de ofício".[438]

---

437 T.A.A. Wambier, com quem se concorda, embora compartilha com autores para os quais regras e princípios são normas, não adota tal terminologia proposta. Para a mencionada Professora, "princípios também são regras, ou normas (embora de formulação genérica e quase abstrata), já que, para nós, as duas expressões (normas e regras) são sinônimas. Pensa como nós Paulo Henrique dos Santos Lucon: '(...) Na ciência jurídica, os princípios têm a grande responsabilidade de organizar o sistema e atuar como elo de ligação de todo o conhecimento jurídico com a finalidade de atingir resultados eleitos; por isso, são também normas jurídicas, mas de natureza anterior e hierarquicamente superior às ***normas comuns*** (ou '***normas não principais***'); servem de base axiológica e estruturante do conhecimento jurídico, sendo fontes de sua criação, aplicação ou interpretação. As ***normas*** por assim dizer ***comuns*** são, como conseqüência, subordinadas aos princípios. Para o sistema jurídico, se princípio não for norma nenhuma relação tem com o direito.'" (***Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória, op. cit.***, p. 59, nota 100).

438 ***Direito Processual Civil***, 1. ed., Romana, 2003, p. 42. "El principio dispositivo propiamente dicho consiste en que las partes poseen dominio completo tanto sobre su derecho sustantivo como sobre los derechos procesales implícitos en el juicio, en el sentido de que son libres de ejercitarlos o no." (P.A. Alonso, ***Proceso y Derecho Procesal (Introduccion)***, 2ª ed., Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 133). "El principio dispositivo, rótulo cuya paternidad atribuye Goldschmidt a Gönner, equivale a decir: senõrío ilimitado de las partes tanto sobre el derecho sustancial motivo del proceso

O princípio vincula duplamente o juiz aos fatos alegados, impedindo-o de decidir a causa com base em fatos não afirmados no processo e obrigando-o a considerar a situação de fato afirmada por todas as partes como verdadeira.[439]

Pode-se considerá-lo um axioma, uma verdade indiscutível, através do qual se fixa um dispositivo, isto é, algo determinado. Está ligado, pelo menos do ponto de vista histórico, à ideia da disponibilidade das relações jurídicas que são discutidas no processo.[440]

O juiz deve decidir segundo o alegado e provado pelas partes no processo (***iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet***).

Fala-se também que o princípio significa, em sentido amplo, deixar para as partes os ônus de iniciação,[441] determinação do objeto, impulso do processo e produção de provas. Quando puro, consiste em que as partes possuem completo domínio tanto sobre seu direito substantivo como sobre os direitos processuais, no sentido de que são livres de exercitá-los ou não.[442]

O princípio é de inegável sentido liberal, por submeter cada um dos envolvidos no conflito à observância da conveniência ou inconveniência de demonstrar a veracidade dos fatos alegados. A iniciativa da demanda está a cargo exclusivo das partes, no entanto, foi Liebman quem traçou

litigioso, como sobre todos los aspectos vinculados con la iniciación, marcha y culminación de este." (J.W. Peyrano, ***El Proceso Civil. Principios y fundamentos***, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 52.

439 F. Carnelutti, ***A Prova Civil***, Bookseller, p. 35.

440 "A palavra 'dispositivo', por sua origem, sugere relação imediata com o âmbito das relações disponíveis, dos direitos de que os respectivos titulares podem dispor com liberdade, a seu próprio alvedrio", cf. J.C.B. Moreira, ***O problema da "Divisão do Trabalho" entre juiz e partes. Aspectos terminológicos***, RePro n. 41, jan-mar/1988, p. 7.

441 É o princípio de iniciativa da parte ou princípio da inércia, através do qual o órgão jurisdicional só atua quando reclamada sua intervenção. L. Ranea, citado por J.W. Peyrano, afirma: "Casi toda la doctrina y la mayoria de las legislaciones defienden y mantienen vigente el principio de iniciativa de parte. Incluso las ideas más audaces y los ordenamientos legales más avanzados se han detenido al tocar dicha regla, pues ella se ajusta a la esencia del derecho subjetivo y al respeto al mismo garantizado por el orden jurídico." (***op. cit.***, p. 57).

442 C.A. Barbi, ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 10ª Ed., Forense, 1998, p. 397, v. 1. A. Alvim desdobra o princípio em três subprincípios: a) propositura da demanda; b) vinculação do juiz aos fatos alegados; c) vinculação do juiz às provas produzidas (***Direito Processual Civil – Teoria Geral do Processo de Conhecimento,*** Revista dos Tribunais, 1972, p. 115, v. 1). "El llamado ***Dispositionsprinzip*** implica que las partes tienen la potestad de elección entre el ejercicio e no ejercicio de sus derechos materiales y procesales." P.A. Alonso, ***op. cit.***, p.132, nota.

a diferença fundamental entre o princípio da demanda e o princípio do impulso processual da ação.

Ovídio A. Baptista da Silva aponta, com propriedade, a diferença entre o princípio dispositivo e o princípio da demanda. Para ele, o primeiro "diz respeito ao poder que as partes têm de dispor da causa, seja deixando de alegar ou provar fatos a ela pertinentes, seja desinteressando-se do andamento do processo"; o segundo "baseia-se no pressuposto da disponibilidade não da causa posta sob julgamento, mas do próprio direito subjetivo das partes, segundo a regra básica de que ao titular do direito caberá decidir livremente se o exercerá ou deixará de exercê-lo".[443]

Exemplificando com um caso concreto que diz respeito ao princípio dispositivo, diz o citado autor: "Se o autor, fundado num contrato de mútuo, promove uma ação de cobrança contra o devedor e este não contesta a existência do contrato, mas simplesmente alega já haver pago a dívida, ou que a mesma está prescrita, ao juiz não é dado ter o contrato de mútuo por inexistente."[444]

Consubstancia-se, pois, o princípio, no poder único e exclusivo das partes fazerem suas próprias afirmações e produzirem as provas que melhor lhes convierem. Viola o princípio o juiz que baseia sua decisão em afirmações não feitas no processo ou produz provas não requeridas pelas partes.

O princípio dispositivo atingiu grau mais elevado na segunda metade do século XIX, quando

> la desconfianza existente en esa época hacia todo lo que formara parte del aparato estatal, recayó también en su rama judicial; recelo harto justificado, cuando se rememoran las arbitrariedades cometidas por jueces que eran meros delegados del poder político. Aun después del triunfo de las ideas de Montesquieu sobre la 'división de los poderes', subsistió una especial sensibilidad respecto de todo lo que pudiera significar una intromisión estatal perturbadora del

443 ***Curso de Processo Civil***, 7ª ed., Forense, 2005, pp. 47-50, v. 1.

444 ***Op. cit.***, pp. 47-48.

> libre albedrío del ciudadano o, en su caso, del justiciable. Por elle es que las normas procedimentales se consideraban de derecho privado, siendo opinión unánimemente recibida en la época 'que el juicio pertenece a las partes'.[445]

Subsistia a ideia de que o princípio dispositivo salvaguardava a imparcialidade do juiz. Havia certa desconfiança, que ainda hoje persiste, no aparato estatal. Até então confundiam os processualistas a relação jurídica de direito processual e a relação jurídica de direito material.[446] Essa confusão levava a disponibilidade do direito material com o direito processual.

Como anteriormente assinalado, após a colocação publicista do processo, o princípio foi abrandado, não sendo mais possível manter o juiz como mero espectador da batalha judicial.

Na realidade, tanto o ***princípio dispositivo*** como seu contraposto, o ***princípio inquisitório***, não ocorrem de modo exclusivo em nenhum sistema processual, dando o legislador prevalência ora a um ora ao outro, de modo que quando se diz, por exemplo, que um procedimento é dispositivo, não significa ser o único a governar o processo. Num e noutro, o juiz tem certos poderes, medidos segundo o influxo do princípio inquisitivo e, ao mesmo tempo, certas iniciativas exclusivamente são das partes, de maneira que o juiz não pode tomá-las no lugar delas (segundo o influxo do princípio dispositivo).[447]

1.3. Identificação do fenômeno

A doutrina tedesca identificou a existência de dois fenômenos diferentes para separar o princípio dispositivo. O primeiro refere-se à propositura

445 J. Peyrano, ***El Proceso Civil. Princípios y Fundamentos, op. cit.***, pp.52-53.

446 Bibiloni, citado por J.W. Peyrano, afirmava que o Direito Processual Civil era um capítulo ou faceta do direito comum (***op. cit.***, p. 53).

447 D. Echandia, ***Teoría General del Proceso***, 2. ed., Buenos Aires, Universidad, 1997, p. 61.

da demanda (Dispositionsmaxime) e o segundo (Verhandlungsmaxime)[448] representa o princípio dispositivo propriamente dito.[449] Para os processualistas italianos, a diferenciação fica circunscrita entre princípio dispositivo formal e princípio dispositivo material.

O termo ***Dispositionsmaxime*** diz respeito ao poder de decidir sobre a instauração do processo, sobre a respectiva subsistência e sobre a delimitação do litígio; ***Verhandlungsmaxime*** é o poder de introduzir no processo a matéria de fato, de decidir sobre a necessidade da respectiva verificação e de tomar a iniciativa desta.[450]

Há, no entanto, quem só admite falar de um princípio dispositivo em sentido processual como correlato da ***Verhandlungsmaxime***, enquanto que, no sentido material, denominam ***Dispositionsmaxime***.

Diante das divergentes terminologias, um traço é constante na literatura peninsular contemporânea: o princípio dispositivo é reservado tão-somente para os reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. Tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor por meio de atos processuais, tais como a renúncia, a desistência, o reconhecimento do pedido, não podendo o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual.[451]

Cappelletti também não reconhece natureza processual ao princípio dispositivo, ao afirmar que

> la consecuencia práctica más evidente de esta idea es la seguinte: que las partes privadas, aun siendo libres de disponer de los derechos

448 ***Verhandlungsmaxime*** significa ao pé da letra "máxima (ou princípio) do debate, e está a indicar a limitação do material utilizável no julgamento àquilo que os litigantes mesmos cuidem de trazer à discussão em juízo, na precisa lição de J.C.B. Moreira, ***O problema da "Divisão do Trabalho"*** entre juiz e partes: Aspectos terminológicos, RePro, n. 41/7, jan-mar/1986.

449 M. Cappelletti, ***La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità***, Milano, Giuffrè, 1974, p. 303.

450 J.C.B. Moreira, O problema da "Divisão do Trabalho", op. cit., p.10.

451 J.R.S. Bedaque, Poderes Instrutórios do Juiz, 3ª Ed., Revista dos Tribunais, 2001, p. 90. J.C.B. Moreira, O problema da "Divisão do Trabalho", op. cit., p. 11.

> substanciales deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no son libres, sin embargo (o, por lo menos, no son completamente libres) de disponer a su gusto también del proceso mismo, o sea del instrumento procesal.[452]

Jorge W. Peyrano, concordando com o pensamento de Cappelletti, explica que a expressão ***ordem pública***, nunca bem delineada, é o obstáculo para não se reconhecer o princípio dispositivo em sentido material, e acrescenta:

> El princípio dispositivo en sentido formal, en cambio, no es más que el resumen de la serie de atribuciones conferidas a los litigantes que inciden primariamente sobre la relación procesal. Entre ellas puede computarse la aportación de hechos y pruebas, como también varios de los medios extintivos del proceso.[453]

Consubstancia-se, assim, o princípio dispositivo em sentido substancial dizendo respeito à relação de direito material; em sentido formal diz respeito à relação jurídica processual, quando, então, possibilita às partes disporem das faculdades processuais que a lei instrumental lhes confere.

A doutrina italiana, ao tentar distinguir o princípio em formal e material, está a fazê-lo com o princípio da demanda. O princípio dispositivo é um só e expressa, de imediato, a noção de disponibilidade do direito material, pois sua etimologia contribui decisivamente para tanto.

O monopólio da parte sobre a iniciativa do processo existe independentemente da natureza do direito litigioso. Persiste a inércia ainda que indisponível[454] o direito subjetivo material.[455] A Constituição Federal institui outro órgão e lhe atribui legitimidade para propor a demanda. É o caso do Ministério Público, instituição permanente e essencial à função

---

452 ***El Proceso Civil en el Derecho Comparado. Las Grandes Tendências Evolutivas***, Buenos Aires, Europa-America, 1973, p. 45.

453 ***El proceso Civil. Principios e Fundamentos, op. cit.***, p.55.

454 Como o são normalmente os direitos da personalidade (direito à vida, à integridade física, à liberdade, de ter nome e ao nome, à honra, etc).

455 Estabelece o art. 262 do Código de Processo Civil: "O processo civil começa por iniciativa da parte...".

jurisdicional do Estado, incumbido da tarefa de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 ***caput*** da CF). A ele, como função institucional, está assegurado constitucionalmente (art. 129 da CF), por exemplo, o monopólio da ação penal pública (inc. I), o inquérito civil, a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (inc. III), bem como promover a ação de inconstitucionalidade ou representação da União e dos Estados (inc. IV) e defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (inc. V).

Como leciona José Roberto dos Santos Bedaque, "o texto da nova Constituição Federal ampliou bastante o campo de atuação do Ministério Público, o que representa, indiscutivelmente, uma "publicização" das relações materiais."[456]

Algumas exceções ao princípio da inércia existem, como estatui o art. 989 do Código de Processo Civil, possibilitando ao juiz, de ofício, dar início ao inventário, se nenhuma das pessoas legitimadas, para fazê-lo, não o requerer no prazo legal. Trata-se de um procedimento especial de ***jurisdição contenciosa*** de direito eminentemente disponível.

Com isso, pode-se afirmar que não é monopólio da parte a instauração do processo, ou como diz José Roberto dos Santos Bedaque, não é a natureza da relação jurídica de direito material que determina a impossibilidade de o magistrado dar início ao processo. "Assim, o ***Dispositionsmaxime***, que alguns entendem como "princípio da demanda" e outros como "princípio dispositivo", não decorre da disponibilidade do direito substancial."[457]

Observa-se, por outro lado, que o art. 460 do Código de Processo Civil proíbe o juiz de proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou

456 ***Poderes instrutórios do juiz, op. cit.***, p. 91 (nota 37).
457 ***Idem***, p. 92.

em objeto diverso do que lhe foi demandado. Implica reconhecer que ao juiz não é dado julgar fora nem além dos limites do pedido, mas, embora seja essa a regra, mesmo quando se litigue sobre direitos disponíveis, há exceções, como o direito ao reembolso das custas processuais e dos honorários advocatícios, prestações suscetíveis de condenação na sentença, independente de pedido (art. 20 do CPC). Some-se a isso outras possibilidades de decisão fora dos limites do pedido, tais como, por exemplo, a aplicação de multa nos casos que constituem ato atentatório ao exercício da jurisdição (parágrafo único do art. 14), ou litigância de má-fé (art. 18), na tutela específica (art. 461 e 461-A). E nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou, segundo a norma insculpida no art. 398 do Código Civil. É a chamada mora ***ex re***, em razão da prática do delito, de forma que os juros de mora e a correção do valor podem ser levados à liquidação independentemente de pedido formulado na petição inicial ou constado da sentença condenatória.[458]

Conclui-se, assim, com José Roberto dos Santos Bedaque, que "a denominação 'princípio dispositivo' deve expressar apenas as limitações impostas ao juiz, em virtude da disponibilidade do direito; e que são poucas, pois se referem aos atos processuais das partes voltados diretamente para o direito disponível. As demais restrições, quer no tocante ao início do processo, quer referentes à instrução da causa, não têm qualquer nexo com a relação material; não decorrem, portanto, do chamado 'princípio dispositivo'. Somente a adoção de um significado diverso para a expressão tornaria possível sua utilização para representar tais restrições".[459]

Até mesmo quem reconhece haver nexo entre a disponibilidade do direito e o monopólio da demanda pela parte defende a iniciativa oficial quanto à prova, por admitir que o Estado tem interesse que a tutela jurisdicional seja prestada da melhor maneira possível.

458 Súmula n. 254 do STF: "Incluem-se os juros moratórios na liquidação, embora omisso o pedido inicial ou a condenação." No mesmo sentido, a Súmula 54 do STJ: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual."

459 ***Op. cit.***, p. 93.

Na doutrina e na jurisprudência brasileira, encontra-se quem defenda que a amplitude da iniciativa probatória do juiz varia conforme o direito litigioso se sujeite ou não ao poder de disposição das partes.[460]

Há também quem afirme que "o juiz hoje não mais se limite a assistir inerte à produção das provas, pois, em princípio, pode e deve assumir a iniciativa destas (CPC; arts. 130, 342 etc). Na maioria dos casos (direitos disponíveis), pode satisfazer-se com a verdade formal (aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), limitando-se a acolher o que as partes levam ao processo e eventualmente rejeitando a demanda ou a defesa por falta de elementos probatórios", mas "quando a causa não-penal versa sobre relações jurídicas em que o interesse público prevalece sobre o privado, não há concessões à ***verdade formal***".[461] Cabe aqui a descoberta da ***verdade real*** (ou verdade material), como fundamento da sentença. A satisfação com a ***verdade formal*** é a relativização da obtenção da verdade que não se constitui fim em si mesmo, senão simples ***meio*** para aplicação do direito ao caso concreto.

O caráter conflituoso do processo, por exemplo, constitui fator que concorre decisivamente para tal relatividade. Mas não é só. Uma vez proibida a decisão de ***non liquet*** (art. 126 do CPC), o juiz, com prova ou sem ela para formar o seu convencimento, tem o poder-dever de julgar, e então entram em cena as regras de julgamento pertinentes ao ônus da prova, baseadas na experiência, nem sempre com exata correspondência na realidade dos fatos. Demais, o fato principal com que trabalha o órgão judicial é sempre e só fornecido pelas partes. Isso para não dizer que 'a

460 M.A. Santos, ***Primeiras Linhas de Direito Processual Civil***, 12ª ed., Saraiva, 1989, p. 79, v. 2; J.F. Marques, ***Manual de Direito Processual Civil***, 1ª ed., At.V.R. Alves, Bookseller, 1997, p. 221, v. II. A 4ª Turma do STJ decidiu, por unanimidade, que "o processo civil rege-se pelo princípio dispositivo ***(iudex secundum allegata (et probata) partium iudicare debet)***, somente sendo admissível excepcionar sua aplicação quando razões de ordem pública e igualitária o exijam, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado) ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes. Não assim quando, como na espécie, gravitando a demanda em torno de interesses exclusivamente patrimoniais e gozando as partes de situação financeira privilegiada, ressaia nítido o intuito de uma delas de ver suprida deficiência probatória em que incorreu". (REsp 33200/SP, j. 13/03/1995. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

461 A.C.A. Cintra, A.P. Grinover & C.R. Dinamarco, ***Teoria Geral do Processo***, 19ª ed., Malheiros, 2003, p. 65.

prova impõe-se realizada segundo regras previamente estabelecidas. Assim, forçoso é reconhecer que a verdade processual nunca é absoluta, mas relativa, e sempre em certa medida formalizada. Por outro lado, importa assinalar o caráter puramente terminológico da discussão a propósito do antagonismo entre verdade material e formal. É que o conceito de verdade formal não implica um grau menor de verossimilhança em comparação com o de verdade material, mas a satisfação da ordem jurídica pelo resultado obtido com o emprego dos meios estabelecidos. O juiz, de resto, forma a sua convicção, sempre e necessariamente, com a verdade ***possível***, própria da condição humana, que ganha no domínio processual a dimensão de pura verossimilhança.[462]

Não se pode esquecer que a sentença seja qual for a verdade que se queira nominar (formal, material ou possível), tem de acomodar essa verdade e o direito, por ser uma questão de interesse social. Eis a razão porque, no processo civil moderno, deve-se dar ao juiz faculdades especiais em matéria de prova, para executá-las com absoluta liberdade. A falta de iniciativa dos litigantes e as manobras destas não podem burlar a justiça, a lealdade processual, a boa-fé, a igualdade das partes, a economia e a celeridade do processo. O juiz deve pôr freio nas atividades dilatórias ou dolosas dos litigantes e evitar a injustiça da sentença que nega o direito da parte cujo advogado descuida da defesa ou é menos capaz, o que ocorre geralmente com os mais pobres ou ignorantes. Estes, reconhecidamente vulneráveis, principalmente quando de pouca idade ou de idade avançada e de saúde frágil.

A iniciativa probatória não está reservada às partes em razão da natureza disponível do direito litigioso. Ao juiz é defeso iniciar, ***ex officio***, o processo, seja qual for o direito controvertido, e julgá-lo fora ou além do que foi pedido, sob pena de comprometer a sua imparcialidade, ***pedra de toque*** da jurisdição. Mas, depois de instaurada a demanda, cabe ao juiz a direção do processo, sempre com a colaboração das partes. O juiz dirige

462 S.L.W. Mattos, ***Da iniciativa probatória do juiz no processo civil***, Forense, 2001, pp. 18-19.

a marcha do processo não só formal, mas também materialmente, pois impende, acima de tudo, a satisfação do interesse público na atuação concreta da lei para a justa composição dos conflitos.[463]

Aliás, se é função do juiz julgar bem e com justiça, tem de aplicar bem normas jurídicas a fatos, o que, obviamente, é imprescindível conhecer bem esses fatos. Por isso, no dizer de José Carlos Barbosa Moreira "quando se diz que se deve deixar às partes trazer ou não as provas que quiserem, e se não as trazem é porque estão dispondo de um direito seu, esquece-se que, ainda que as partes possam dispor de ***seus*** direitos, nenhum poder de disposição têm elas sobre o poder ***do juiz*** de averiguar o fato".[464] Seja, portanto, qualquer abrangência que se dê ao princípio, não pode ele implicar restrição ao poder investigatório do juiz.[465] Daí que verificando o juiz, com a sua perspicácia e experiência que a vulnerabilidade dita acima é superior à média, legitima-lhe dar tratamento diferenciado àqueles que se habituou chamar de hipossuficiente, sem riscos para sua imparcialidade.

E o Código de Processo Civil preleciona nesse sentido, ao dispor no art. 130, que cabe ao juiz determinar de ofício a realização das provas necessárias à instrução do processo. Mas não só aí; as regras particulares dispostas nos arts. 342, 355, 382, 418, 426, II e 440 também lhes conferem poderes para determinar de ofício as medidas de instrução necessárias para o seu convencimento.

Com efeito, a disponibilidade do direito material não serve para justificar o ***princípio dispositivo***, concebido como diretriz limitadora dos poderes instrutórios do juiz.[466]

---

463 O processo, segundo Alsina, "es un organismo sin vida propia que avanza al tiempo que se construye", ***in*** J.W. Peyrano, ***op. cit.***, p. 57. O impulso processual não é outra coisa senão o sopro de vida dado pelo juiz ao processo para que ele se desenvolva e se desenlace.

464 ***O juiz e a prova***, RePro, n. 35, jul-set/1984, p. 180.

465 J.R.S. Bedaque, ***Poderes instrutórios do Juiz, op. cit.***, p. 93. Lembrando que se o autor não inclui em sua petição inicial fato que se provado poderia melhorar sua posição no processo, não terá cumprido com a carga de indicar todo o material fático, devendo, por isso, suportar as conseqüências de sua omissão. Neste caso, o juiz não tem o dever de completar o elenco de fatos relevantes para a decisão da controvérsia. Nesse sentido, J.W. Peyrano, ***op. cit.***, pp.61-62.

466 J.C.B. Moreira, O problema da "Divisão do Trabalho" entre o juiz e partes, ***op. cit.***, p. 8.

Com relação ao poder das partes de pôr fim ao processo mediante atos bilaterais ou unilaterais, pondera José Carlos Barbosa Moreira afigurar-se "lógico referir à disponibilidade da relação litigiosa, no particular, a vinculação do órgão judicial, que sem dúvida aprecia a matéria pelo prisma da validade – verificando, justamente, se o direito era mesmo disponível – mas não pode pronunciar-se sobre o conteúdo do ato praticado, sob pena de indevido cerceamento da autonomia da vontade dos litigantes. Aí está, na verdade, fenômeno que faz sentido ligar a um princípio chamado "dispositivo".[467]

Quando, então, as partes transigirem ou o autor renunciar ao direito sobre o qual se funda a ação, extingue-se o processo por ato de disposição delas. No dizer de Sérgio Luís Wetzel Mattos, "o ***princípio dispositivo***, contanto que entenda exclusivamente com os atos de disposição que as partes pratiquem no curso do processo, tem como fundamento a natureza disponível do direito material".[468]

1.4. Verdade real e verdade formal

"O conceito de verdade relaciona-se intimamente com a essência do conhecimento."[469]

A verdade, escreve Malatesta, é a conformidade da noção ideológica com a realidade. "Ela é, portanto, um estado subjetivo da alma, podendo não corresponder à verdade objetiva."[470]

A doutrina tem procurado fazer distinção entre verdade formal (judicial ou processual) e verdade real ou material (histórica, empírica ou simplesmente verdade). A primeira é estabelecida no processo por meio das provas produzidas exclusivamente pelas partes, sem intervenção ne-

467 ***Idem***, p. 11.

468 ***Op. cit.***, p. 24.

469 J. Hessen, ***Teoria do conhecimento***, trad. A. Correia, Coimbra, Portugal, Armênio Amado, p. 30.

470 ***A Lógica das Provas em Matéria Criminal***, trad. P. Capitanio, 2. ed., Bookseller, 2001, p. 25.

nhuma do juiz; é uma verdade puramente processual. A segunda refere-se ao mundo dos fenômenos reais que existem fora do processo. É uma verdade real e verdadeira.

Costuma-se associar o conceito de verdade material ou real ao processo penal, em que é mínimo o poder dispositivo das partes em relação às provas. Em contraposição, moldou-se a verdade formal ao direito processual civil, no qual seria absoluta a disponibilidade do objeto do processo e dos meios de prova.[471]

A verdade relativa é aquela sempre procurada, mas nunca alcançada. Se somente pode ser procurada e apresentar-se através dos sentidos e da inteligência, compreende-se, logo, precária como são os primeiros, e insuficiente como a segunda, então a relatividade deve presidir à conformidade da noção ideológica com a realidade.[472]

Em matéria criminal, assinala J. C. Mendes de Almeida não haver ação penal sem corpo de delito. É, segundo esse autor, "o crime fora do processo, com seus elementos materiais tangíveis, concretos, que determinam de modo necessário o procedimento da autoridade administrativa como autoridade judiciária".[473]

É o princípio da verdade real, pois o juiz há de se ater à realidade. Assim sustentam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. Para eles, "no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da ***verdade real*** (ou verdade material), como fundamento da sentença".[474]

A antítese (verdade material-formal) é atualmente criticável, quer do ponto de vista terminológico, quer do ponto de vista substancial. A crítica mais evidente seria sobre a absoluta disponibilidade do processo

471 J.W. Peyrano depois de afirmar ser usual a afirmação de que no processo civil dispositivo reina a verdade formal, enquanto que no processo penal persegue-se a verdade real, conclui preferir, o citado autor, que o processo civil contemporâneo persegue também a verdade histórica (***El proceso civil. Princípios e fundamentos, trad. A. Correia, op. cit.***, p. 79).

472 M.A. Santos, ***Prova judiciária no cível e comercial, op. cit.***, p. 4.

473 ***Diretrizes do Processo no Código Penal***, Revista Forense, n. 478, abr/1943, p. 12, v. 94.

474 ***Teoria Geral do Processo, op. cit.***, p. 65.

civil. Nas ações de estado, por exemplo, os direitos substanciais em jogo são de caráter indisponível, como o são os direitos do consumidor, do meio ambiente e, de regra, os do próprio Estado.

Sob o aspecto terminológico, a doutrina tradicional sustenta uma distinção calcada na adequação da verdade à realidade dos fatos. Isso, no processo penal, corresponderia à verdade real, enquanto que no processo civil se chegaria a reputar provados fatos incertos, simplesmente porque as partes assim o admitiram.[475]

Carnelutti, criticando essa distinção, assegura não se tratar mais do que uma metáfora. A verdade é uma só, de maneira que a verdade formal ou jurídica coincide com a verdade material, e não é mais que verdade, ou discrepa dela, e não é senão uma não verdade.[476]

De semelhante modo, Michele Taruffo, para quem

> la distinción entre verdad formal y verdad material es, sin embargo, inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. En especial, parece insostenible la idea de uma verdad judicial que sea completamente 'distinta' y autônoma de la verdad tout court por el solo hecho de que es determinada en el proceso y por médio de las pruebas; la existencia de reglas jurídicas y de limites de distinta naturaleza sirve, como máximo, para excluir la posibilidad de obtner verdades absolutas, pero no es suficiente para diferenciar totalmente la verdad que se establece en el proceso de aquella de la que se habla fuera del mismo.[477]

Dinamarco, com propriedade, sustenta que "a ***verdade*** e a ***certeza*** são dois conceitos absolutos, e, por isto, jamais se tem a segurança de atingir a primeira e jamais se consegue a segunda, em qualquer processo (a

475 "O processo civil, hoje, não é mais eminentemente dispositivo, como era outrora; e o processo penal, por sua vez, transformando-se de inquisitivo em acusatório, não deixou completamente à margem uma parcela de dispositividade das provas. Impera, portanto, tanto no campo processual penal como no campo processual civil, o princípio da livre investigação das provas, embora com doses maiores de dispositividade no processo civil." A.C.A. Cintra, A.P. Grinover & C.R. Dinamarco, ***Teoria Geral do Processo, op. cit.***, p. 66.

476 ***A Prova Civil***, 2ª ed., Bookseller, 2002, p. 48.

477 ***La prueba de los hechos***, Madrid, Trotta, 2002, pp. 24-25.

"segurança jurídica", como resultado do processo, não se confunde com a suposta certeza, ou "segurança", com base na qual o juiz proferiria os seus julgamentos). O máximo que se pode obter é um grau muito elevado de probabilidade, seja quanto ao conteúdo das normas, seja quanto aos fatos, seja quanto à subsunção destes nas categorias adequadas".[478]

Lúcida a ponderação de Ovídio A. Baptista da Silva, forte em Jeremy Bentham e Alessandro Giuliani:

> É necessário cuidado quando, ao tratar de uma questão probatória no domínio da ciência jurídica, alude-se ao conceito de verdade, imaginando-se que a prova de um fato equivalha-se à demonstração da veracidade de sua existência. No direito moderno e por influência do utilitarismo que tem marcado de forma tão profunda toda a filosofia contemporânea, verifica-se uma crescente tendência a considerar a prova judiciária como a demonstração da verossimilhança da existência de uma determinada realidade, restaurando-se, neste sentido, a doutrina aristotélica da retórica, como 'ciência do provável', a que se chega através de um juízo de probabilidade.[479]

Daí afirmar-se que o juiz decide não pelo que aconteceu antes do processo, mas de acordo com a apresentação dos fatos, com seus elementos, pelas partes, dentro do processo.

Já não se admite mais contrapor a verdade formal com a verdade material.[480] A verdade é um objetivo a ser alcançado no processo. Nele existe apenas uma verdade, a verdade judiciária, aquela que surge de um procedimento desenvolvido em contraditório e baseado em critérios de admissibilidade.[481]

---

478 ***A Instrumentalidade do Processo,*** 11ª ed., Malheiros, 2003, p. 389.

479 ***Curso de Processo Civil, op. cit.***, p. 320.

480 Nesse sentido, J.R.S. Bedaque assinala: "O que não se pode mais aceitar é a suposta vinculação do juiz civil à denominada ***verdade formal***, prevalecendo a ***verdade real*** apenas no âmbito penal. Tais expressões incluem-se entre aquelas que devem ser banidas da ciência processual. Verdade formal é sinônimo de ***mentira formal***, pois constituem as duas faces do mesmo fenômeno: o julgamento feito à luz de elementos insuficientes para verificação da realidade jurídico-material." (***Poderes instrutórios do juiz***, 3ª ed., Revista dos Tribunais, 2001, p. 16).

481 ***Los Princípios Formativos del procedimento Civil***. Buenos Aires:Ediar,(s.d.), p.70.

A par disso, conclui-se o porquê da vigência, na qual vigora o princípio dispositivo, da probidade entre os litigantes, que devem agir com lealdade e boa-fé. Não são raros os casos de simulação processual em que as partes usam o processo para prejudicar terceiro ou burlar a lei.

1.5. O princípio inquisitivo e o princípio dispositivo

Foi visto anteriormente que o princípio dispositivo, em sua pureza, tem dois aspectos: a) por primeiro, cabe às partes propor a demanda, dando início ao processo ou desistir dele. Assim delimitado, coincide com a máxima ***nemo iudex sine actore***; b) por segundo, corresponde às partes solicitar as provas, sem que o juiz possa ordená-las de ofício.

Em outras palavras: corresponde às partes a iniciativa em geral e o juiz deve ater-se exclusivamente às atividades destas, sem que lhe seja permitido tomar qualquer iniciativa, de ofício, na busca do material probatório e estabelecer a verdade para saber qual delas tem razão na afirmação dos fatos.

O inverso ocorre no princípio inquisitivo, que permite ao juiz investigar a verdade, por todos os meios legais a seu alcance, para determinação dos fatos postos pela parte como fundamento da demanda.[482]

No chamado princípio inquisitivo compete ao juiz, ainda que inativas as partes, decidir sobre os meios de provas, mesmo que não pedidas, facultando-lhe iniciar, de ofício, o processo e dirigi-lo com iniciativas pessoais.

Como ressaltado anteriormente, em matéria processual civil predomina desde fins do século XIX, o princípio dispositivo; no processo criminal o predomínio, há vários séculos, é do princípio inquisitivo, no qual

482 D. Echandia, ***Teoria General del Proceso***, 2ª ed., Buenos Aires, Universidad, 1997, p. 60; O.A.B. Silva, ***Curso de Processo Civil, op. cit.***, p. 48. O princípio dispositivo é mais amplo que o princípio inquisitivo. Neste "significa que sin acusación no hay juicio, para impedir que el Juzgador sea Juez y parte, pero ello no comporta que, por regla general, el acusador disponga del objeto del proceso". P.A. Alonso, ***Proceso y Derecho Procesal (Introduccion)***, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1997, p. 132.

o juiz é diretamente ***interessado*** no acertamento da verdade para o fim de firmar a inocência ou a culpabilidade do imputado.

Foi na legislação prussiana, em meados do século XVIII, iniciado sobre o reinado de Frederico, o Grande, que o sistema inquisitivo vingou com toda a sua evidência.

Informa Robert Wyness Millar que

> inspirando notablemente en la obseción del Rey de que los letrados eran responsables de las poco satisfactorias condiciones de la justicia civil (referindo-se quando ainda vigorava o princípio dispositivo) el sistema creado trató de reducir su influjo al mínimo posible, por la ampliación de las funciones de los tribunales. El nuevo régimen, cuyo gérmen radicaba en um código provisional adoptado para Pomerania en 1747 – la que, se dice en tiempos antiguos era llamada 'Terra Litigiosa' – fue convertido en 1781 en ley general, y, finalmente, después del advenimiento al trono de Frederico II, se aperfeccionó en la Ordenanza Judicial General (***Allgemeine Gerichtsordnung***) de 1793-5. Según este sistema, las alegaciones de las partes eran formuladas por un juez delegado – ***el Instruent*** – o por funcionarios judiciales subordinados, conocidos como 'comisarios de justicia' (***Justiz-Kommisare***) que entonces formaban el único cuerpo reconocido de profesionales juristas. Dichos comisarios comparecían tanbién en la recepción de la prueba, patrocinando a las partes. La representación por otros abogados se limito a la discución (por escrito) de las cuestiones de derecho involucradas en la causa. De esta manera, la acumulación del material del juicio quedó sujeta al control del tribunal.[483]

Acreditava-se que só a prática de delitos interessava diretamente à sociedade; no processo civil, não se admitia existir questões de interesse geral, o que era resquícios do primitivo sistema da justiça privada e do caduco conceito de nele só se discutir questões de exclusivo interesse das partes, ante as quais o juiz deveria ser um simples espectador que se limitava a dar razão ao vencedor.

---

483 ***Los Princípios Formativos del Procedimiento Civi***l, Buenos Aires, Ediar, s/d., p. 70.

Esse critério, além de equivocado, não se admite mais hoje em dia, porque praticar justiça e obter uma sentença que se acomode com a verdade e o direito é uma questão de interesse social, qualquer que seja o ramo do direito objetivo a que corresponda a questão que constitui o objeto do processo: civil, penal, trabalhista, etc.

Peyrano encontrou três características do princípio inquisitivo: a) a primeira consiste na faculdade do órgão judicial ou do Ministério Público propor a demanda de interesse e para satisfação de particulares; b) a segunda, encontrada na lei processual da ex-União Soviética, consiste em que a prescrição pode ser conhecida de ofício pelo Tribunal. Segundo esse autor, isso é um traço marcante e característico do princípio inquisitivo, uma vez que o Tribunal pode sobrepassar os limites da demanda, tendo em vista os interesses legítimos das instituições estatais, das empresas, das cooperativas e dos interesses dos cidadãos. Subordina-se o interesse material da parte a um interesse do grupo social; c) a intervenção do Ministério Público em toda e qualquer demanda.[484]

Conforme Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco,

> por contingências históricas, o princípio inquisitivo apresenta as seguintes características: é secreto, não-contraditório e escrito. Pela mesma razão desconhece as regras da igualdade ou da liberdade processuais; nenhuma garantia é oferecida ao réu, transformado em mero objeto do processo, tanto que até torturas são admitidas no curso deste para obter a 'rainha das provas': a confissão.[485]

Outro traço característico é a inexistência, no princípio, de regras sobre a distribuição do ônus da prova.[486]

Mas a doutrina tem reconhecido amplamente a essência do ônus da prova como regra de julgamento, destacando a mediatidade existente

484 ***El Proceso Civil. Princípios e Fundamentos, op. cit.***, p. 52.

485 ***Teoria Geral do Processo, op. cit.***, p. 58.

486 H.M. Campo, ***O princípio dispositivo em direito probatório***, Livraria do Advogado, 1994, p. 83.

entre a atividade probatória das partes e o resultado por elas perseguido no processo.

Nesse contexto, mesmo reconhecendo os poderes instrutórios do juiz, não se anula o problema do ônus da prova. Talvez as hipóteses em que tenha de lançar mão da regra de julgamento sejam mais raras, mas, com toda certeza não são eliminadas, saindo o juiz em busca da verdade dos fatos ao lado das partes.[487]

Ao discorrer sobre o processo inquisitório, Gian Antonio Micheli afirma:

> considerando in genere i processi dominatti dal principio della officiosità, è pur vero que in essi giudice dispone di ampi poteri allo scopo di formasi il proprio convincimento; egli quindi potrà eventualmente ordinare d'ufficio mezzi istrutori in pur larga misura, ma non giungendo anche per tale via a conseguire il grado de persuasione, sufficiente per emettere un giudizio, la legge gli verrà in soccorso, prescrivendogli di decidere in ogni caso [...].[488]

Leo Rosenberg igualmente sustenta:

> [...] el domínio de la ***máxima inquisitiva*** no impide absolutamente la existencia y la eficacia de las normas sobre la carga de la prueba; pues también en un procedimiento así estructurado puede ocurrir – en la opinión de algunos, hasta con más frecuencia que en um procedimiento regido por la máxima dispositiva -, que un hecho importante no se compruebe como verdadero. Por consiguiente, el juez necesita también aqui alguna indicación sobre la manera cómo debe decidir, ya que el procedimiento no puede terminar con un ***non liquet***."[489]

Com efeito, quanto ao ônus da prova, seja qual for o tipo de processo, dominado pelo princípio dispositivo ou pelo inquisitório, admite-se a ampla investigação probatória do juiz, ressaltando, porém, que sempre

487 J.C.B. Moreira, ***O juiz e a prova***, RePro, n. 35, ***op. cit.***, p. 181.

488 ***L'onere della prova***, 2ª ed., Padova, Cedam, 1966, p. 189.

489 ***La Carga de la Prueba***, trad. E. Krotoschin, 2. ed., Buenos Aires, J.C. Faira Editor, 2002, pp. 45-46.

haverá possibilidade de o juiz se defrontar com uma situação de incerteza quanto ao material fático da demanda. Nesse caso, ele deverá julgar segundo a regra de julgamento baseada no ônus da prova, seja qual for a estrutura do processo.

Nenhum destes dois sistemas se aplica com caráter exclusivo, de sorte que, quando se diz, por exemplo, que um procedimento é dispositivo, não significa ser ele o único a governar o processo. Em todos os sistemas legislativos têm-se outorgado ao juiz certos poderes (maiores ou menores, segundo a influência do princípio inquisitivo), e ao mesmo tempo certas iniciativas exclusivamente às partes, de maneira que o juiz não pode tomá-las no lugar delas (segundo a influência do princípio dispositivo).[490]

O princípio inquisitivo tem aplicações no Código de Processo Civil Brasileiro, como na generalidade dos Códigos modernos. São alguns exemplos: a) o juiz deve declarar de ofício quando absolutamente incompetente (art. 113); b) os impedimentos que tem de conhecer de ofício (art. 134); c) as nulidades que afetam o processo (art. 243); d) os casos de reexame necessário, quando o processo deve subir ao Tribunal, mesmo que não haja recurso das partes (art. 475); e) a determinação, de ofício, das provas necessárias à instrução do processo (art. 130); f) evitar a fraude processual, dar efetividade à igualdade processual entre as partes, etc.

Outros elementos de inquisitoridade encontrados no processo civil são naqueles casos em que a par do interesse das partes, exista interesse comum, ou geral, como, por exemplo, na anulação de casamento. O interesse geral é de que o casamento válido não venha a ser anulado fraudulentamente, recaindo ao juiz o dever de indagar a realidade dos fatos. Nesta hipótese, o acordo das partes não pode ser simplesmente acolhido, pois o processo deixa de ser dispositivo no que diz respeito à prova.

Muito se tem discutido se em tal sistema inquisitivo a sentença faz coisa julgada quando o juiz não se pronuncia sobre mérito, por falta ou insuficiência de prova. Aqueles que se inclinam pela negativa sustentam

490 H.M. Campo, ***op. et p. cits.***

que, em tal hipótese, a sentença não está sequer sujeita a recurso, por faltar nela uma parte vencida.[491] Vasali, por seu turno, defende o contrário, por considerar que tal providência é suscetível de passar em julgado, de maneira que se tem um vencido e, por conseguinte, um legitimado para a impugnação.[492]

Como solução, Micheli, acompanhando Chiovenda, propõe

> que o juiz, naqueles casos de insuficiência ou falta de provas, cuja decisão não pode ser um ***non liquet***, eis que vedado assim está a sentença a ser proferida, e uma vez tendo resultado inexitosa a busca ***ex officio***, deverá então nas questões concretas e particularizadas adotar um critério de decisão legal, diverso para cada demanda. É que o juiz deve julgar sempre, mesmo que seja ***ex informata conscientia*** e não somente ***allegata et probata partium***.[493]

1.6. O princípio dispositivo e os direitos indisponíveis

Dividem-se as opiniões acerca da iniciativa probatória do juiz com a disponibilidade ou indisponibilidade do direito material discutido no processo.

Como anteriormente salientado, é comum a argumentação no sentido de que a iniciativa probatória do juiz somente é aceitável, ainda que com limites, em processos que versem sobre direitos indisponíveis ou de ordem pública. Sendo disponível, a atuação oficial pertence quase que exclusivamente às partes.[494]

É que por trás dessa assertiva, sustenta-se que em se tratando de direitos disponíveis, omitindo a parte na produção das provas sobre os fatos que afirmou, está exercendo legítima prerrogativa, eis que abre mão

491 G.A. Micheli, ***La Carga de La Prueba***, Buenos Aires, Europa-América, 1961, p. 182.

492 Apud G.A. Micheli, ***op. et p. cits***.

493 Apud H.M. Campos, ***O princípio dispositivo em direito probatório, op. cit.***, pp. 83-84.

494 Micheli, ***L'onere della prova***, ***op. cit.***, p. 189; J.F. Marques, ***Manual de Direito Processual Civil***, At. V.R. Alves, Bookseller, 1997, p. 221.

total ou parcial do direito material invocado, ou preferiu não se valer de tal ou qual prova, ainda que seu direito material possa ser prejudicado.

A ideia não resiste a uma análise mais atenta, pois que a omissão probatória nem sempre é sinônimo de disponibilidade do direito material pelo seu titular. Por vezes, a omissão na produção da prova em processos sobre direitos disponíveis está deles conscientemente abrindo mão.[495] Já foi dito anteriormente que não basta tratar-se de direito indisponível; o princípio da igualdade das partes encontra guarida constitucional (art. 5°, LV, da CF), se bem que a sorte nem sempre protege quem não consegue acesso aos bens econômicos e, assim, chega aos tribunais em situação de inferioridade aos bafejados pela fortuna. Quando isso acontece, um amparo especial há de ser deferido aos carentes de meios materiais de defesa, recaindo ao juiz o dever de lhes dar um tratamento assistencial para equilibrar tanto quanto possível as diferenças sociais.[496]

Ensina Cappelletti que o juiz pode corrigir erro dos advogados, logrando uma real igualdade das partes quando uma delas, por razões econômicas, não está em condições de assegurar uma defesa suficientemente hábil e qualificada.[497]

Em se tratando dos direitos em apreciação disponíveis, a iniciativa oficial não mais significa intromissão do juiz na esfera privada das partes, ante a concepção publicística e social do processo. O interesse do julgador reside na correta aplicação da lei, na justiça como resultado final do processo, sendo não só legítimo como seu dever buscar a verdade processual.[498]

Assim, uma vez provocada a jurisdição e desde que não haja extinção do processo pela desistência ou ato dispositivo análogo, o seu resultado tem de ser a justiça, relativa e possível no processo, mas sempre

495 S.S. Braga, ***Iniciativa probatória do juiz no Processo Civil***, Saraiva, 2004, p. 126.
496 H. Theodoro Jr., ***Os poderes do juiz em face da prova***, Revista Forense, n. 263, ***op. cit.***, p. 46.
497 ***La oralidad y las pruebas en el proceso civil***, trad. S.S. Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1972, pp. 125-126.
498 S.S. Braga, Iniciativa probatória, ***op. cit.***, p. 127.

justiça.[499] A justiça é sempre indisponível, tanto pelas partes, como pelo juiz.[500]

Nos procedimentos de jurisdição voluntária, geralmente envolvendo direitos indisponíveis, há mais amplitude dos poderes instrutórios do juiz, pois o Código de Processo Civil, no seu art. 1.107, dispõe que "os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas". O texto legal, ao menos aparentemente, abrange mais do que o art. 130 do mesmo Código. Nesse caso, vige o princípio inquisitorial, embora normalmente o procedimento seja instaurado por provocação da parte ou pelo Ministério Público.

É certo, porém, que Calamandrei assinala não bastar tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária ou que haja um interesse público no processo para tratá-lo de inquisitivo. É necessário que o Estado tenha interesse naquelas situações, em não permitir sua modificação senão mediante uma declaração judicial de certeza.[501]

Problema que surge nos procedimentos de jurisdição voluntária e nas causas que tratam de direitos indisponíveis é saber que rumo tomar quando as provas produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou de ofício pelo juiz, não afasta sua perplexidade ou de certeza de justiça. O juiz não formou convicção.

Calamandrei entende, e parece mesmo ser essa a melhor opção, que, nessas hipóteses, não havendo prova, ou são insuficientes, incompletas, contraditórias ou conflitantes, é de bom alvitre deixar a situação como está, mantendo-se o estado jurídico. É menos perigoso, diz ele, deixar tudo como se encontra "entre el actor que pide la modificación de un cierto estado jurídico, y el demandado que pide que so lo mantenga, el Estado

499 A parte pode sempre desistir da ação. S. Satta, ***Direito Processual Civil***, trad. L. Autuori, 7ª ed., Borsoi, 1973, p. 199, v. I.

500 S.S. Braga, ***Iniciativa probatória, op. et p. cits.***

501 ***Apud*** J.W. Peyrano, ***El Proceso Civil, Princípios e Fundamentos***, ***op. cit.***, p. 74.

mira con mejores ojos al segundo, y trata, facilitandole la prueba de las excepciones, de ponerlo en condiciones de superioridad frente al primero.[502]

1.7. O princípio dispositivo e o princípio da congruência

Já foi visto anteriormente e será aprofundado no subitem seguinte que o princípio dispositivo impõe aos demandantes, com exclusividade, a determinação do tema decidendum, devendo o juiz, por conseguinte, limitar seu pronunciamento ao que haja sido pedido pelas partes. Para Nelson Palaia, o princípio dispositivo "significa que o Estado deve estar à disposição do interessado para prover-lhe a jurisdição".[503]

As partes possuem o domínio completo do seu direito, tanto material quanto formal, no sentido de ser detentor da faculdade de exercitá-lo ou não em Juízo. A primeira manifestação do princípio dispositivo é a liberdade que tem a parte da disposição da pretensão ao processo; a ela cabe a iniciativa de sua instauração.[504]

É certo que esse principio dispositivo foi a "***alma mater*** del proceso civil, en la medida en que las partes conservan la exclusividad en la determinación del objeto litigioso",[505] mas não possui mais toda essa magnitude porque os sistemas processuais, seguindo a ideologia em defesa do aumento das funções estatais abandonou, há muito tempo, a doutrina do ***laissez faire***; ***laissez passer***. A necessidade crescente de força e poder da jurisdição visando à efetividade do processo, o aumento gradativo da oficialidade judiciária, a disposição acerca do direito material ficou reduzida

502 ***Apud*** J.W. Peyrano, ***op. cit.***, p. 187. A jurisprudência italiana tem decidido no sentido que naqueles casos (falta ou insuficiência de provas), seja valorado o depoimento pessoal, ou seja, a confissão e o juramento das partes. A doutrina daquele País, no entanto, parece divergir, trilhando caminhos de Calamandrei, no sentido da manutenção do vínculo. Divergindo da maioria, Micheli sustenta que a confissão e o juramento servem como base para formação da convicção do juiz na falta de provas, quando o julgador deve outorgar a prestação jurisdicional à parte beneficiada com este ato. A doutrina de Gian Antonio Micheli não pode ser aplicada em nosso País, pois o art. 351 do CPC estabelece que "não vale como confissão a admissão, em juízo, de fatos relativos a direitos indisponíveis".

503 ***Técnica da contestação***, 5ª ed., Saraiva, 1977, p. 5.

504 E.F. Santos, ***Manual de Direito Processual Civil***, 6ª ed., Saraiva, 1998, p. 39, v. 1.

505 J.P. Junoy, ***Los Principios del nuevo Proceso Civil Espanõl***, RePro, n. 103, jul-set/2001, p. 76.

perante um juiz que está munido de poderes para fazer valer a real vontade das partes e não somente a vontade formal externada no processo.[506] Resumindo-se em poucas palavras: com a publicização, o processo não tem dono.

Uma vez acionada a jurisdição, cumpre ao juiz atuar mesmo de ofício para colher as provas necessárias para o seu convencimento e julgamento da causa, conduzindo o processo com imparcialidade, prestando jurisdição independentemente de provocação das partes, pois esses atos são inerentes à própria atividade jurisdicional. Tal oficialidade não elimina a disposição da parte de dispor do seu direito, salvo se esse direito for indisponível ou se o interesse público e a efetividade da justiça exigirem uma atuação judiciária que possa influenciar na disposição de direito material do litigante, pois

> ninguém obriga ao particular, como se tem dito, na linguagem figurada, a subir sobre a nave da justiça, e se o mesmo decide embarcar nela, a ele só lhe corresponde fixar o início e a meta da viagem; mas, uma vez empreendida a navegação, o timão deve confiar-se exclusivamente ao juiz, que tem durante a viagem a responsabilidade da derrota.[507]

É importante não se atribuir essa responsabilidade somente ao juiz, uma vez que as partes são as primeiras interessadas em produzir suas provas e devem contribuir no direcionamento do processo, mostrando os melhores caminhos para o porto da paz e da segurança social.

O princípio da congruência ou da correlação é a afinação que deve existir entre o pedido e a sentença, ou, mais precisamente, como conceitua Milton Paulo de Carvalho, "chama-se correlação, ou congruência, entre o pedido e a sentença à correspondência exata que deve existir entre a pretensão processual formulada pelo autor e o pronunciamento judi-

506 V.S. Oliveira, ***Nulidade da Sentença e o Princípio da Congruência, op. cit.***, p. 76.

507 P. Calamandrei, ***Direito Processual Civil***, trad. L. Abezia & S.D.F. Barbiery, Campinas, SP, Bookseller, 1999, p. 319, v. 1.

cial de mérito, de modo que este abranja tudo e só o que se contém na pretensão".[508]

A esse conceito deve-se acrescentar que não apenas a sentença ou o pronunciamento judicial de mérito é passível de incidir na incongruência, mas também as alegações das partes no transcurso do processo. Isso significa que o princípio da congruência deve ter ainda como fundamento os ajustes entre a demanda e as demais pretensões, desde que formuladas no momento adequado.

Pode-se, então, assegurar que o juiz deve solucionar:

> a) todas las pretensiones deducidas; es decir prohibición de omitir la decisión de una pretensión oportunamente deducida; b) todas las pretensiones ejercitadas; o sea, prohibición de resolver pretensiones no ejercitadas o – lo que es sustancialmente lo mismo – alterar o exceder las deducidas", com "aplicación de las regras precedentes a las cuestiones introducidas al debate por el demandado, o sea, resolución de todas las cuestiones planteadas por el mismo y nada más que ellas.[509]

O enunciado do princípio da congruência se perfaz pelos aforismos "sentença conforme o libelo" e "vedação de julgamento ***infra*** ou ***citra***, ***ultra*** ou ***extra petita***".

Anota Arruda Alvim que "a sentença ser ***infra, extra*** ou ***ultra petita***, é fenômeno que diz respeito à sua parte decisória (ao decisum), pois que consiste em infração ao princípio da congruência do ***decisum*** com o pedido".[510]

Com efeito, não é lícito ao juiz conceder tutela aquém, além ou de natureza diversa da contida no pedido da parte, nem lhe cabe omitir-se quanto às questões fáticas suscitadas no momento apropriado.[511]

---

508 Do pedido no processo civil, Porto Alegre, Fabris, 1992, p. 162. Não dissentindo dessa definição, J.W. Peyrano entende que "la congruencia es la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima." (El proceso civil. Principios y fundamentos, op. cit., p. 53).

509 J.W. Peyrano, ***El proceso civil. Princípios y fundamentos, op. cit.***, p. 64.

510 ***Manual de Direito Processual Civil. Processo de Conhecimento***, 5ª ed., Revista dos Tribunais, 1996, p. 604, v. 2.

511 J.C.B. Moreira adverte: "A exigência da correlação entre a sentença e o pedido tem outro aspecto muito importante para o autor: a segurança de que, desde que satisfeitos os requisitos de validade do processo e as chamadas condições de ação,

> Ao ser estabelecida a vinculação do juiz aos fatos da causa e ao pedido da parte, através dos arts. 128 e 460 do CPC, o legislador não deixou margem a dúvidas, acerca do rigor formal que deve presidir a atividade do sujeito imparcial da relação processual, sem qualquer espaço para o arbítrio, ficando a prestação jurisdicional submetida a modelo pré-constituído, sobejando-lhe, no entanto, a possibilidade da interpretação criativa das normas, o preenchimento das lacunas legais, a liberdade de valorização do material jurídico produzido pelas partes e a livre aplicação do direito (jura novit curia), desvinculadas das alegações e dos pedidos das partes, embora controlados pela obrigatoriedade da motivação (art. 458, II, do CPC).[512]

Sob essa ótica, as decisões judiciais devem ser congruentes, harmônicas ou correlatas com as pretensões das partes, evitando-se arbitrariedades do julgador e encampando uma garantia para as partes. Um dos requisitos básicos do princípio da congruência reside no fato de que a demanda deverá condicionar a sentença ao libelo, expressada no aforismo sententia ***debet libello conformis esse***, que é uma consequência do princípio geral ***ne procedat iudex ex officio***.

De modo algum, será incongruente a decisão judicial que conceder menos do que foi pedido pelo autor, ou nada lhe conceder. O que o juiz está obrigado a fazer é apreciar o pedido ***in totum***, podendo, evidentemente, dar razão em parte ao autor. Impossível é ***conceder*** o que não foi pedido ou ***negar*** o que não foi pedido.[513]

---

o seu pedido será totalmente julgado. O princípio de que a sentença deve ser congruente com o pedido funciona em dois sentidos: mão e contramão. Às vezes esquecemos um desses aspectos e damos maior ênfase ao outro. Ao juiz é proibido exceder o pedido ou julgar fora do pedido, mas não nos esqueçamos de que há o dever, para o juiz, de pronunciar-se sobre todo o pedido; nada além do pedido, mas todo o pedido. O vício de uma sentença que não julga o pedido por inteiro é tão grave quanto o vício de uma sentença que extravasa os limites do pedido. O chamado vício do julgamento citra petita é tão grave quanto o do julgamento ultra ou extra petita. (***Correlação entre o pedido e a sentença***, RePro, n. 83, jul-set/1996, p. 210).

512 M.H. Jorge, ***O regime jurídico da fungibilidade das demandas e dos provimentos no Código de Processo Civil: Relativização dos dogmas da inércia da jurisdição, da correlação entre pedido e decisão, da vinculação aos fatos da causa e da imutabilidade da coisa julgada***, Revista dos Tribunais, n. 822, abr/2004, p. 61.

513 Defrontando-se o juiz com algo que lhe impede de julgar o mérito, deve manter silêncio absoluto sobre o mérito. Reconhecendo, por exemplo, que a parte é ilegítima, o juiz extingue o processo sem julgamento do mérito e pára por ai, não julgando mais nada.

Importa lembrar que a incongruência não é deduzida dos fundamentos da sentença, mas, sim, da sua parte dispositiva e o princípio não é absoluto, comportando diversas exceções.

Um dos exemplos mais comuns dessas exceções é a condenação em custas processuais e honorários de advogado, que não precisa constar do pedido (art. 20, ***caput***, do CPC), tampouco os juros legais (art. 293 do CPC) e a correção monetária, esta por extensão da jurisprudência.[514]

Pode-se acrescentar a essas exceções, as ações possessórias que, por permissão legal expressa, não há óbices ao juiz em outorgar a proteção correspondente àquela, cujos requisitos estejam provados (art. 920 do CPC). Formulado pedido de manutenção quando na verdade há esbulho, deve-se conceder a reintegração, ou somente o interdito, quando se verificar que não passa de molestação à posse legítima,[515] julgando-se uma ação por outra, segundo aquela que se apresente no momento da entrega da prestação jurisdicional.

A mudança de uma possessória por outra possessória está assentada na realidade fática. Quando se pleiteia a tutela possessória está se pleiteando qualquer das formas porventura adequadas, de acordo com a realidade dos fatos e a adequação jurisdicional à situação fática do momento decorre do princípio da efetividade da jurisdição.

Podem-se acrescentar outras exceções ao princípio. Uma delas refere-se às novas técnicas jurisdicionais de tutela que conferem amplas atividades ***ex officio*** do juiz, espelhadas nos arts. 461 e 461-A do CPC, que relativizam os dogmas da inércia, da vinculação do juiz aos fatos da causa (adstrição), da congruência e o da coisa julgada.[516]

---

514 "A correção monetária é devida "ex vi legis", independe de pedido expresso (RT 560/131, 613/165, JTA 72/93, Lex-JTA 72/249, Amagis 6/132, TFR-2ª Turma, AC 77.914-RJ, Min. William Patterson, j. 20.8.82, negaram provimento, v.u., DJU 4.11.82, p.11.187; STJ-4ª Turma, REsp 22.830-3-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 15.6.92, deram provimento, v.u., DJU 17.8.92, p. 12.505).", ***in*** T. Negrão & J.R.F. Gouvêa, Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 37ª ed., 10.2.2005, Saraiva, p. 2139. Súmula n. 53 do TRF – 4ª Região: "A sentença que, independentemente de pedido, determina a correção monetária do débito judicial não é 'ultra' ou 'extra petita'" (RT 752/391).

515 Quando há suspeita do possuidor de que o réu vai molestar a sua posse. O receio é o conhecimento de fatos ou circunstâncias que façam suspeitar essa molestação.

516 A multa estipulada no parágrafo único do art. 14 e as perdas e danos as quais responde o litigante reputado de má-fé

Essas novas técnicas destinam-se a tutelar direito originário de obrigações de fazer, não-fazer e entrega de coisa e autorizam o juiz a determinar providências para tornar possível a tutela do direito independentemente da provocação do autor e da vontade do réu.

Kazuo Watanabe, enaltecendo a inovação, diz que "deve, tanto quanto possível, satisfazer o direito como se ele estivesse sendo cumprido voluntariamente pelo devedor" e destaca "que os poderes conferidos ao magistrado, pelo art. 461, além de afastarem definitivamente a demanda do conceito de pretensão e ação condenatórias, correspondem aos poderes que o art. 799 do CPC confere ao juiz, para concessão dos provimentos cautelares".[517]

Para satisfação das necessidades de tutela dos deveres de fazer, não-fazer e entrega de coisa, os dispositivos prevêm provimentos mandamentais e executivos ***lato sensu***, acompanhados de mecanismos aptos a lhes dar efetividade, de natureza preventiva e de antecipação de tutela, eis que objetiva o alcance de resultado específico, disciplinando instrumentos práticos.[518]

Descumprido o comando da sentença ou na decisão antecipatória da tutela, o juiz está autorizado, de ofício, a: a) impor, ao renitente, multa diária (§ 4° do art. 461); b) determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, com requisição de força policial, se necessário (§ 5°).

A multa é um elemento acessório, destina-se a auxiliar a efetivação do comando da sentença e não faz parte da pretensão do autor, pois não tem origem no direito material. Não precisa, pois, ser objeto de pedido na inicial. Sua natureza é processual, concorre para garantir a efetividade

(arts. 16-18 do CPC), têm natureza processual, não ensejando obtenção de resultado maior do que aquele pretendido, e por isso não caracterizam exceções aos princípios da demanda e da congruência.

517 ***Da cognição no processo civil***, 2ª ed., Central de Publicações Jurídicas, Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, 1999, pp. 50-51.

518 E. Talamini, ***Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: CPC art. 461***; CDC art. 84, Revista dos Tribunais, 2001, p. 222.

da ordem emitida e a preservação da autoridade do órgão jurisdicional. Por isso, a imposição da multa, seja na sentença, seja após a sua prolação com objetivo de coagir psicologicamente o réu a cumprir o comando da sentença, não é exceção ao princípio da congruência. Nesse sentido, é o entendimento de Eduardo Talamini:

> [...] a ausência de vinculação da multa ao pedido do autor não é exceção ao princípio da congruência entre a demanda e a sentença. O autor pede a obtenção do resultado específico, que será acolhido ou não. Sendo deferido, a definição dos meios de atuação da tutela pretendida não se confunde com a pretensão formulada – ainda quando o autor houver expressamente sugerido um valor de multa.[519]

Com relação à atividade jurisdicional, após a entrega da prestação postulada pelo demandante (§ 5° do art. 461 – exceção ao art. 463) que permite ao juiz empregar mecanismos coercitivos e sub-rogatórios da conduta do demandado para obtenção do resultado prático equivalente, também não existe violação ao princípio da congruência, posto que a prestação jurisdicional corresponde ao pedido originalmente formulado.

Há transgressão ao princípio quando se verificar desconsideração dos limites da demanda inicial, e pode-se verificar, embora legítima, quando houver conversão da obrigação específica em perdas e danos, nas hipóteses de se tornar impossível o resultado pretendido (impossibilidade de ser alcançada a tutela específica e o resultado prático equivalente, ou por opção do autor, na forma do § 1° do art.461 do CPC).[520]

---

519 ***Idem***, p.246.

520 Barbosa Moreira diz subsistir, no processo cautelar, a exigência da correlação entre sentença e pedido. Quem defende haver exceção ao princípio da congruência nas cautelares, sustenta a possibilidade de o juiz conceder uma medida diferente daquela que foi pedida. Argumenta-se com o art. 798, que na verdade não diz respeito a isso, a despeito da redação: o que ele quis consagrar foi a ***atipicidade*** em matéria de medidas cautelares. Ele quis dizer que é possível cogitarmos de outras medidas cautelares além daquelas expressamente previstas e disciplinadas, mas daí não se deduz, necessariamente, que uma possa ser trocada pela outra, a despeito de o pedido ter visado esta e não aquela. Também se argumenta com o art. 805, que apenas se refere à caução, especificamente; portanto, não tem esse alcance genérico que se lhe pretende atribuir. E tampouco se encontra base no art. 807, parágrafo único, que diz respeito à possibilidade de, no curso do processo, revogar-se ou modificar-se a medida cautelar. Não se extrai daí uma autorização concedida ao juiz no sentido de desprezar o teor

Outra hipótese de exceção ao princípio da congruência, refere-se à nunciação de obra nova.

> Quando a obra invade muito modestamente, de modo diminuto, a área do autor, e o valor da obra é grande, inclusive socialmente, há uma tendência da doutrina e também da jurisprudência a evitar aquele resultado tão drástico, e por vezes tão inconveniente do ponto de vista da coletividade, de mandar desfazer a obra. Adota-se a seguinte solução: é preferível substituir o embargo ou a ordem de demolição por uma composição pecuniária, pelo ressarcimento de perdas e danos.[521]

No princípio dispositivo, o juiz fica adstrito aos fatos, ao conflito, à lide. Também a parte que, optando pelo processo, submete-se ao princípio do debate, aos limites do processo. É livre para agir, mas, agora, dentro desses limites. O juiz, por sua vez, pode produzir prova, ainda que contra a vontade das partes, em busca da verdade real, mas limitada à sua atuação aos fatos e aos pedidos que as partes entenderam necessários para compor a lide. O juiz não pode, como regra, afastar-se da vontade manifestada no pedido da parte; é nesse ponto que incide o princípio da congruência.

Assim, no campo do direito material, isto é, dos fatos, da lide levada a juízo, o princípio dispositivo impõe ao juiz a adstrição à pretensão, não lhe sendo permitido julgar aquém, além ou de natureza diversa da contida no pedido da parte. Diz-se, por isso, que o princípio da congruência é a expressão mais direta do princípio dispositivo.

---

do pedido e decretar medida que nele não haja sido contemplada. As regras do código formam um sistema; seria preciso, a meu ver, que a lei tivesse aqui tomado posição bastante clara no sentido de abrir exceção ao princípio da congruência: tão clara como a tomou, por exemplo, em matéria possessória. (***Correlação entre o pedido e a sentença***, RePro, n. 83, ***op. cit.***, p. 213). No entanto, o próprio autor faz uma observação que atenua a rigidez da sua posição: Se o juiz verifica que o autor tem razão em pretender uma cautela, porém, não tanta que justifique a concessão daquela medida muito drástica por ele pleiteada, nada o impede de decretar uma providência menos gravosa. Em vez, por exemplo, da apreensão do imóvel, seqüestro, arresto, o que seja, uma determinação para que se anote no registro a indisponibilidade do imóvel. (Idem, p. 214). A profª T.A.A. Wambier vê fungibilidade entre as medidas cautelares nominadas e inominadas e entre estas e as medidas antecipatórias de tutela (art. 273, § 7º do CPC). Segundo a autora, o que se pleiteia é a tutela de urgência, sendo irrelevante a modalidade. ***Nulidades do Processo e da Sentença***, 5ª ed., Revista dos Tribunais, 2004, pp. 308-309.

521 J.C.B. Moreira, ***Correlação entre o pedido e a sentença***, RePro, n. 83, ***op. cit.***, p. 213.

Além do poder de demandar e de ser senhor do pedido, há outros ***sintomas*** da disposição das partes no processo. O réu pode tornar-se revel, reconhecer o pedido formulado pelo autor, confessar. Pode haver renúncia ao direito em que se funda a ação; as partes podem transacionar, haver desistência, dentre outras atividades que a vontade dos litigantes pode prevalecer sobre a atividade judiciária.

A prática de atos de disposição do direito litigioso do feito encontra-se dentro da esfera de disposição dos litigantes, e se realizados em obediência aos requisitos legais, não se permite, em princípio, ao juiz deixar de homologá-los, [522] acatando a vontade manifestada livremente pelas partes. Cabe-lhe, no entanto, verificar se o ato manifestado no processo é congruente com a pretensão, o que implica ser congruente com a vontade levada ao processo pela parte.

Como se vê, o princípio da congruência decorre do princípio dispositivo, porque freia eventual excesso do juiz.

No entanto, José Carlos Barbosa Moreira considera incorreto ligar o princípio da congruência ao princípio dispositivo.[523] Para esse autor, há casos, excepcionais, em que o processo é instaurado de ofício, como o inventário (art. 979 do CPC) e a proibição de agir de ofício para o juiz subsiste nas hipóteses em que se trata de direito indisponível.[524]

Juiz algum está autorizado a instaurar ***ex officio*** um processo a pretexto, ou fundado na razão, de que se trata de direito indisponível, de modo que não há correlação necessária entre o problema de saber quando e em que limites é possível à parte praticar atos de disposição e estes outros problemas referentes à iniciativa da instauração do processo e à delimitação do objeto do julgamento.[525]

---

522 Salvo se a lei vedar ou criar alguma hipótese de sua não-admissibilidade ou invalidade.

523 Sob esse ponto de vista, parece discordar a profª T.A.A. Wambier. Para essa autora, a ligação é tradicional entre os dois princípios. ***Nulidades do Processo e da Sentença, op. cit.***, p. 308.

524 ***Correlação entre o pedido e a sentença***, RePro, n. 83, jul-set/1996, p. 208.

525 ***Idem***.

> O juiz civil, no direito brasileiro, não está autorizado a instaurar de ofício um processo porque se trata de direito indisponível, e tampouco está autorizado a, na sua presença, pronunciar-se sobre algo que não foi objeto do pedido, só porque lhe pareça que se trata de um direito indisponível. Direito não exercitável, ainda que indisponível, é para o juiz direito não contemplável na sentença. Nenhum juiz pode acrescentar na sua sentença uma disposição, uma determinação que não tenha sido incluída no pedido, a pretexto de que essa prestação, à qual se refere o mandamento sentencial, se fundava num direito indisponível. Se o autor não pediu, o juiz não pode conceder, e tampouco pode negar. A proibição de julgar fora do pedido não vale só para a decisão favorável, vale também para a decisão desfavorável.[526]

No entanto, não se pode negar a relação existente entre os dois princípios (congruência e dispositivo), no sentido e na dimensão que se está concebendo o último, pois a congruência também decorre do dispositivo.[527]

---

526 ***Idem***, pp. 208-209.

527 V.S. Oliveira, ***Nulidade da sentença e o Princípio da Congruência***. A. Alvim sintetiza a relação íntima entre os dois princípios nos seguintes termos: o autor deduz o objeto litigioso e o réu fixa os pontos controvertidos de fato e de direito; a tal delineamento o juiz fica vinculado, porque sua decisão deve pautar-se dentro desse espectro, em razão do bem litigioso e das alegações apresentadas, pois ***ne eat iudex ultra petita partium e sententia debet esse conformi libello***; o julgamento deverá ser realizado não somente com apoio nas alegações das partes, mas também no material probatório levado para os autos (***secundum alligata et probata e actore non probante reu absolvitur***) (***Tratado de direito processual civil***. Ed. RT, 1990, p. 93, v.1). Carlos Millan observa que a congruência constitui a manifestação mais importante do princípio dispositivo, porque permite, dentro do processo, a continuidade do caráter disponível do direito material deduzido em juizo (***La incongruencia civil*** apud V.S. Oliveira, ***Nulidade da sentença e o Princípio da Congruência, op. cit.***, p. 79, nota 135). A profª T.A.A. Wambier esclarece que "o princípio da congruência, ou da correspondência, entre ***ação*** e ***sentença***, funda-se, também, em outro princípio, consistente na regra segunda a qual, a intervenção do Estado, para realizar os interesses individuais tutelados pelo direito material, depende da vontade do particular, que é titular do interesse; e, evidentemente, só cabe à parte provocar ou não o exercício da função jurisdicional para realizar um interesse seu, tutelado; cabe a ela, também, invocar, ou não invocar, um fato jurídico de que crê decorrer seu direito, preparando os elementos aptos a convencer o juiz. É a regra ***iudex iudicare debet secundum alligata probata***. É tradicional a ligação que a doutrina faz entre princípio da congruência – ***petitum/decisum*** e ***princípio dispositivo***". ***Nulidades do Processo e da Sentença, op. cit.***, p. 308. Para J.W. Peyrano, há conexão entre a congruência e o princípio dispositivo. Este implica no senhorio das partes sobre o processo; "dominio que se perderia si se permitiera al órgano jurisdiccional que, v.g., sopesara hechos no alegados por los litigantes o concediera cosas no reclamadas. Igualmente sencillo es advertir que el principio consecuencial en estúdio es la faceta del dispositivo que muestra con mayor claridad la intención que anima a este: frenar a todo trance cualquier eventual exceso de autoridad del oficio". ***El proceso civil. Principios y fundamentos, op. cit.***, p. 64.

Parece importante lembrar que a influência do princípio da congruência se manifesta no aforismo ***tantum devolutum quantum appellatum***, que implica, no dizer de Calamandrei, que

> igualmente em apelación el nuevo examen del juez de segundo grado se ejercita sólo en cuanto las partes lo provoquen con su gravamen; en apelación, lo mismo que em primer grado, la mirada del juez se halla limitada, por decirlo así, por la mirilla del principio dispositivo, y no está en condiciones de ver sino lo que las partes colocan dentro del campo visual contemplado desde esta estrecha abertura.[528]

A mesma correspondência que deve mediar entre todos os aspectos da lide e a resolução do juiz ***a quo*** deve existir entre as razões e contrarazões do recurso.

1.8. O princípio dispositivo e os poderes do juiz

Conta António Montalvão Machado como nota introdutória de seu livro "O dispositivo e os poderes do tribunal à luz do novo Código de Processo Civil",[529] que ao depor como testemunha numa audiência, uma respeitável senhora, que se vinha mostrando tranquila e seguramente conhecedora das questões que lhe iam sendo colocadas, começou a aludir a determinados fatos que não "constavam" do processo, por não haverem sido alegados no momento oportuno e em sede próprias.

Os advogados das partes não intervieram, deixando-a falar. Subitamente, a testemunha foi interrompida pelo juiz, que sentenciou:

- "A testemunha faz favor de responder só ao que lhe foi perguntado. Esses fatos que está a relatar não constam do processo."

528 ***Apuntes sobre la reformatio in peius, in Estúdios sobre el proceso civi***l, trad. S.S. Melendo, Buenos Aires, Omeba, 1961, p. 301.

529 2ª ed., Coimbra, Portugal, Almedina, 2001, pp. 11-12.

Respeitosamente, retorquiu a senhora:

"Poderão não constar do processo, Senhor Juiz, mas são a verdade."

Pacientemente, o magistrado tentou explicar-lhe:

"Sabe, para mim, neste momento, só conta e existe o que está quesitado."

Rematou, finalmente, a testemunha:

"Desculpe-me, Senhor Juiz, não sei bem o que é isso. Pensei que aqui se tinha de dizer toda a verdade."

N'outra ocasião, o juiz indaga da testemunha: O senhor presenciou esses fatos?

Do lado de fora da sala de audiências, havia um senhor cuidando do jardim do fórum. Ouvindo a resposta negativa da testemunha, o jardineiro, imediatamente, disse ao juiz: Eu presenciei esses fatos; se o senhor quiser, eu explico como aconteceram.

O juiz ficou furioso. Advertiu o jardineiro para não se intrometer na audiência sem ser chamado; somente as partes e seus advogados poderiam fazê-lo e determinou o recolhimento daquele cidadão até o término dos trabalhos.[530]

Casos como esses acontecem todos os dias em Juízo. Há juízes que chegam a pedir ao advogado da parte que mostre onde se encontra, nos autos, os fatos, dos quais se serviu para formular sua pergunta à testemunha. E quantas vezes se ouvem juízes determinar à testemunha que se cale, por a mesma começar a desviar-se (às vezes, milimetricamente) do que consta nos articulados e controverso nos autos.

É provável que a ocorrência desses incidentes tenham como causa a pouca atenção que a doutrina brasileira, ao contrário da estrangeira, tem

530 "Se, por acaso, alguém procurar o juiz espontaneamente e lhe disser que conhece fatos relevantes para o julgamento da causa, nada impede que mande colher seu depoimento em audiência. É óbvio que esses poderes têm de ser necessariamente exercidos em conformidade coma lei (art. 130) e seu sistema (que não é o do princípio inquisitivo)." E.D.M. Aragão, ***Direito à prova***, RePro, n. 39, jul-set/1985, p. 103.

dado aos meios de garantir a efetividade dos provimentos instrutórios do juiz. Em defesa da inércia judicial no tocante à investigação probatória, postura, aliás, muito comum quando os direitos em questão são disponíveis, tem de certa parte da doutrina deixar nas mãos das partes o ônus de provar os fatos, esquecendo-se "que a instrumentalidade do processo deve ser concebida em função do ordenamento jurídico-substancial criado pelo Estado, e cuja preservação encontra nele o maior interessado".[531]

Visa o presente trabalho enfocar a iniciativa probatória do juiz e procura justificar a solução encontrada, pois é sob essa ótica que vê alcançada a verdade, sem as limitações impostas pelos litigantes.

Sendo objetivo da atividade jurisdicional, a manutenção da integridade do ordenamento jurídico recai ao magistrado desenvolver todos os esforços para alcançá-lo, pois só assim a jurisdição cumprirá sua função social, "e, como o resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão do órgão jurisdicional, deve ele assumir posição ativa na fase investigatória, não se limitando a analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas procurá-los, quando entender necessários".[532]

Como já visto anteriormente, é no princípio dispositivo que parte da doutrina tenta colocar abaixo o sistema inquisitivo e o faz voltada no direito romano antigo, ao tempo em que as provas eram o duelo e os ordálios ou juízos de Deus.

A Revolução Francesa abateu a ideologia desigualitária pregada no sistema romano antigo e no direito intermediário, fazendo penetrar suas ideias em todos os setores da vida social, projetando-as em todos os povos, com singular repercussão no campo jurídico, inclusive quanto à formulação e aplicação das leis, embora alguns sistemas continuaram a abraçar com toda a sua força o princípio dispositivo tal qual a sua origem, por causa da "temida parcialidade" do juiz.[533]

---

531 J.R.S. Bedaque, ***Poderes instrutórios do juiz, op. cit.***, p. 13.

532 Idem, p. 14. "Ninguém melhor do que o juiz, a quem está afeto o julgamento, para decidir sobre a necessidade de produzir determinada prova. A colheita de elementos probatórios é ato privativo do julgador."

533 H.M. Campo, ***O princípio dispositivo em direito probatório***, Livraria do Advogado, 1994, p. 98.

Esse sentimento levou à previsão normativa de tudo, exigindo dos juízes uma mecânica e literal aplicação da lei, chegando Montesquieu a conceituar o juiz como um ente inanimado, mero repetidor da lei. Ao juiz não se admitia interpretar a lei, mas subordinar-se inteiramente a ela, intervinha somente no final da ação para julgá-la.

O desinteresse do Estado pelas disputas judiciais era total, a ponto de Chrysolito de Gusmão considerar o processo "como um duelo no qual as duas partes podem fixar o momento de luta e no qual, também, cada uma tem o direito de aproveitar as faltas de seu adversário".[534]

Fruto desses equívocos e como reação ao exacerbado individualismo e ao hermético liberalismo do século XIX, buscou a doutrina progredir o direito com a necessidade do Estado Moderno participar ativamente do direito privado para alcançar o bem comum.

Dessa evolução do pensamento jurídico, fez nascer o Direito como instrumento de que se vale o Estado para assegurar o bem-estar da sociedade.[535] Sob essa ótica, admitir o princípio dispositivo em absoluto é desprestigiar a relevante tarefa da prestação jurisdicional, pois o Estado também está em jogo na relação jurídica processual.

Nos tempos atuais, não se pode admitir um princípio dispositivo rígido, representado pelo brocardo ***iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet***, adquirindo a função do juiz real importância à medida em que ele recebe sólida formação jurídica e humanística. O juiz realmente preparado é o mais severo guardião do direito e da comuni-

534 ***Direito Judiciário e Direito Constitucional***, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, p. 14.

535 Mais precisamente, leciona José Carlos Barbosa Moreira: "A transição do liberalismo individualista para o "Estado social de direito" assinala-se, como é sabido, por substancial incremento da participação dos órgãos públicos na vida da sociedade. Projetado no plano processual, traduz-se o fenômeno pela intensificação da atividade do juiz, cuja imagem já não se pode comportar no arquétipo do observador distante e impassível da luta entre as partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar a observância das "regras do jogo" e, no fim, proclamar o vencedor. Não menos que na economia, a emergência do "social" também no processo derrui o império do ***laisser faire***. Recusa-se aos litigantes a possibilidade de marcar soberanamente o compasso da marcha processual; equaciona-se em novos termos o capital problema da "divisão de tarefas" entre as partes e o órgão de jurisdição". (***A função social do Processo Civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo***, RePro, n. 37, jan-mar/1985, p. 147).

dade. Sua tarefa é árdua, certamente, mas lhe dá uma dignidade que não pode comparar-se com nenhuma outra.[536]

Assinala José Carlos Barbosa Moreira que "o mais valioso instrumento corretivo, para o juiz, consiste sem dúvida na possibilidade de adotar ***ex officio*** iniciativas relacionadas com a instrução do feito. Os poderes instrutórios, a bem dizer, devem reputar-se inerentes à função do órgão judicial, que, ao exercê-los, não se 'substitui' às partes, como leva a supor uma visão distorcida do fenômeno. Mas é inquestionável que o uso hábil e diligente de tais poderes, na medida em que logre iluminar aspectos da situação fática, até então deixados na sombra por deficiência da atuação deste ou daquele litigante, contribui, do ponto de vista prático, para suprir inferioridades ligadas à carência de recursos e de informações, ou à dificuldade de obter o patrocínio de advogados mais capazes e experientes".[537]

Mas não só a deficiência da atuação das partes requer a iniciativa probatória do juiz. O direito processual é

> ramo autônomo do direito, regido por princípios publicistas. Daí decorre que os institutos processuais não devem ser contaminados pelas regras que regulam a relação de direito substancial, que vem a ser o objeto do processo. Isto porque, sendo autônomo, este tem fins distintos de seu conteúdo; fins esses que se confundem com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma das funções com que ele procura cumprir seu papel, qual seja o de assegurar o bem-estar da sociedade.[538]

Nesse sentido, Chrysolito de Gusmão ressalta que o processo "não pode ter e não tem outro fim senão o triunfo do direito e da verdade, que não são uma derivação do interesse privado das partes, mas um escopo colimado pelo Estado, a que aquelas podem, em dadas condições, ser sub-

536 S.F. Teixeira, ***O juiz em face do Código de Processo Civil***, RePro, n. 10, abr-jun/1978, p. 229.

537 ***A função social do Processo Civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e instrução do processo, op. cit.***, p. 146.

538 J.R.S. Bedaque, ***Poderes instrutórios do juiz, op. cit.***, p. 11.

metidas" e "o juiz não exerce uma função privada, não é o árbitro das partes; exerce uma função do Estado; e se o Estado deve a justiça, devena justa, simples e rápida, não sendo lógico nem consentâneo, deixar às partes ou a seus advogados a satânica faculdade de entravar ou retardar o curso da justiça".[539]

Procura-se no litígio jurídico a verdade real conforme critérios racionais e honestos. Cabe ao juiz velar para que as provas sejam produzidas tão completas e exatas quanto possível, para alcançar essa verdade.

É certo, porém, que o julgador não pode transformar essa verdade no fim do processo, decidindo somente quanto convicto de tê-la encontrado. Já foi dito anteriormente, que a verdade e certeza são conceitos absolutos, dificilmente atingíveis.

A certeza é um dogma, que tem muito a ver com a verdade, da qual constitui manifestação subjetiva. "Considera-se que existe certeza quanto à determinada proposição, quando a mente afasta todos os motivos divergentes, ou seja, aqueles que conduziram a desacreditá-la, para então racionalmente aceitar os motivos convergentes (disse-se também: 'a certeza está em nós, a verdade nos fatos')."[540] Mas é imprescindível que o juiz diligencie para encontrar o grau de probabilidade mais alto possível [541] e, para tanto, quanto maior sua participação na atividade instrutória, mais perto da certeza chegará.[542]

Não se quer com isso tornar dispensável ou mesmo secundária a iniciativa probatória dos litigantes, até porque são eles os primeiros interessados em produzir as provas da afirmação dos fatos que alegaram. São na verdade as partes as maiores interessadas em convencer o juiz da veracidade dos fatos que afirmaram e é a elas que se aproveita o reconhecimento

539 ***Direito Judiciário e Direito Constitucional***, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1956, p. 16.

540 C.R. Dinamarco, ***A instrumentalidade do processo***, 11ª ed., Malheiros, 2003, p. 289.

541 "O juiz há de contentar-se com a probabilidade, renunciando à certeza, porque o contrário inviabilizaria os julgamentos." C.R. Dinamarco, ***A instrumentalidade do processo, op. cit.***, pp. 318-319.

542 O juiz deve "ir à procura da verdade; tentar descobri-la. Por isso, não se pode admitir que a vontade dos litigantes seja um empecilho à atividade instrutória oficial". J.R.S. Bedaque, ***Poderes instrutórios do juiz, op. cit.***, pp. 15-16.

desses fatos como verdadeiros. Ambas as partes têm o ônus de colaborar no esclarecimento dos fatos afirmados e a conduta de cada uma delas durante o curso do processo constituirá elementos de convicção para julgar a procedência das respectivas pretensões.[543] Por isso, são psicologicamente estimuladas a produzir suas provas, de modo a complementarem-se o papel do juiz, com relação à iniciativa probatória, com o papel das partes.[544] Complementam-se esses papéis, nunca se excluem. As partes são livres no que diz respeito ao direito material deduzido em juízo, não do processo, daí porque a dispositividade ficar circunscrita às alegações e à fixação dos limites objetivos e subjetivos da relação processual.

Para descobrir a verdade, não é possível que a apreciação do juiz fique adstrita à vontade dos litigantes, pois o Estado tem interesse na solução dos conflitos e estes têm de ser resolvidos de forma justa, pois o ideal de justiça não se coaduna com julgamentos formais, como acontece na dispositividade da prova unicamente pelas partes. Impende, acima de tudo, satisfazer o interesse público na atuação concreta da lei para a justa composição dos conflitos. Nesse sentido, é a opinião de Humberto Theodoro Júnior que "a realização da justiça é um dos objetivos primaciais do Estado moderno. O poder de promovê-la inscreve-se entre os atributos da soberania. Acima dos interesses particulares das partes, há um interesse superior, de ordem pública, na justa composição da lide e na prevalência

543 R. Arazi, ***La prueba en el Proceso Civil***, 2ª ed., Buenos Aires, La Rocca, 1998, p. 43. M.A. Santos, ***Primeira Linhas de Direito Processual Civil***, 21ª ed., Saraiva, 2000, p. 349, n. 579, v. 2. C.A. Barbi, ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 10ª ed., Forense, 1998, p. 398, n. 698, v. 1.

544 Se não fosse assim, qual o sentido da distribuição do ônus da prova? Barbosa Moreira explica, com a clareza que lhe é peculiar, que "não parece exato supor que a parte interessada, com a mera consideração de que a prova do fato a ela favorável pode resultar dos esforços do juiz ou da colaboração do adversário, haja de sentir-se a tal ponto tranqüila que se dispense, só por isso, da fadiga de procurar demonstrá-la. Seria, com certeza, excesso de otimismo, que talvez lhe custasse bem caro". E mais adiante, prossegue o autor: "Inverossímil afigura-se a hipótese de permanecer inerte o autor ou o réu, deixando de aproveitar as oportunidades que se lhe abrem de produzir prova, para calmamente aguardar que a certeza sobre o fato seja estabelecida graças às pesquisas do juiz ou às declarações do adversário. Entre outras razões, porque, na maioria das vezes, a própria parte interessada é que estará, decerto melhor que ninguém, e talvez com absoluta exclusividade, em condições de indicar as fontes de prova, ou de ter acesso a elas. Em suma: o estímulo à atividade probatória não fica eliminado, embora se possa fazer sentir, em certa medida, com menor rigor, por saber o litigante que o esforço próprio não é o único meio de convencer o órgão judicial. Nos limites em que algum relevo se lhe pode reconhecer, subsiste pois – ***atenuado*** que seja – o aspecto "subjetivo" do ônus da prova." Temas ***de Direito Processual***, 2ª série, Saraiva, 1980, pp. 78-79.

da vontade concreta da lei, como desígnios indissociáveis do ideal da manutenção da paz social e do império da ordem jurídica".[545]

Por isso, já dizia Carnelutti que o juiz é livre nos meios de prova, embora continue a depender da apresentação, pelas partes, das fontes. Segundo esse autor,

> el juez no puede ir por si mismo a buscar testigos o documentos; debe interrogar a los testigos y examinar los documentos que la parte le indica. Pero no hay ningún limite al poder del juez en lo que respecta, en cambio, al medio de prueba; uma vez puesto ante el hecho que debe conocer, el juez es eternamiente independente de las partes en lo que atañe al ejercicio de sua actividad perceptiva y deductiva.[546]

Traça, o citado autor, os seguintes critérios que atenuam o princípio dispositivo e aumentam os poderes instrutórios do juiz:

> a) não exclui a iniciativa do juiz, quando se trata de inspecionar as coisas que constituem o objeto da demanda; b) não exclui a iniciativa do juiz quando se trata de interrogar as testemunhas indicadas pelas partes; c) não impede também que, para a avaliação das provas oferecidas pelas partes, empregue o juiz ***regras de experiência***, não indicadas pelas partes, e, por isso mesmo, empregue o seu conhecimento privado; d) não exclui, enfim, que o juiz possa, por si, sem iniciativa das partes, fazer intervir, no processo, técnico que o assista na percepção e na avaliação dos fatos.[547]

Ora, quem julga tem o direito e o dever de estar convicto. Quem pede ao Estado que resolva seu conflito não pode impedir que esse mes-

---

545 ***Curso de Direito Processual Civil***. Ed. Forense, 2001, p. 377, n. 427, v. 1.

546 ***Estudios de Derecho Procesal***, Buenos Aires, Europa-America, 1952, p. 150, n. 20, v. 2.

547 ***Apud*** M.A. Santos, ***Prova Judiciária no Cível e Comercial, op. cit.***, p. 111, v.1. Idêntica a posição de Betti, citado pelo mesmo autor, p. 110: "Assim, poderá o juiz, 'ex officio', quando necessário, inspecionar os lugares ou examinar as coisas; pedir esclarecimentos aos peritos ou determinar nova perícia por meio de perito de sua confiança, bem como, quando considerar necessária a assistência de um técnico para percepção ou avaliação dos fatos, ordenar prova pericial por meio deste; deferir o juramento a uma das partes, ou por disso depender a decisão da causa, ou somente para fixar na condenação a quantia devida; determinar sejam ouvidas as testemunhas referidas; interrogar as testemunhas, no sentido de esclarecer a verdade."

mo Estado, que vai julgar por intermédio do órgão jurisdicional, utilize os meios a seu alcance para determinar como sucederam os fatos afirmados e julgar em conformidade com o que considere justo. Já foi dito, neste trabalho, que não se trata de chegar à verdade nem tampouco alcançar a justiça objetiva, já que são conceitos, muitas vezes, excedentes à capacidade humana. Mas o juiz deve estar convencido de que os fatos sucederam de determinada maneira e resolver o litígio sem que lhe penda dúvida da justiça de sua decisão.

Nesse diapasão, ainda que haja negligência das partes, o juiz tem o dever de suprir a omissão e antes de decidir os fatos devem ser esclarecidos, ordenando a produção da prova que considere decisiva.

Alguns autores, embora não neguem que o juiz possa trazer fontes de prova, somente admitem este poder quando já exista, no processo, princípio de prova. Em outras palavras, o juiz somente poderá ir à busca do material probatório quando já exista no processo alguma fonte já produzida por uma das partes.[548] Moacyr Amaral Santos, por sua vez, entende que o poder de iniciativa judicial deverá ser entendido como supletivo da iniciativa das partes.[549]

No entanto, mais flexivelmente, sustenta Humberto Theodoro Júnior ancorado em Fritz Baur, que "o juiz, no processo moderno, não pode permanecer ***ausente*** da pesquisa da verdade material, antes fica autorizado e obrigado a apontar às partes as lacunas nas narrativas dos fatos e, em casos de necessidade, a colher de ofício as provas existentes".[550]

548 Nesse sentido, Jorge W. Peyrano, para quem compete ao juiz ir a busca do material probatório para completar ou esclarecer provas já diligenciadas, sob pena de haver quebra do princípio dispositivo. ***El Proceso Civil. Princípios y Fundamentos, op. cit.***, p. 85.

549 ***Primeira Linhas de Direito Processual Civil, op. cit.***, p. 350. De igual entendimento, E.F. Santos, ***Manual de Direito Processual Civil***, 6ª ed., Saraiva, 1998, p. 177, v. 1, ao afirmar: "Excepcionalmente, pode o juiz determinar as provas, de ofício, mas apenas em caráter complementar, como ocorre com a testemunha referida (art. 418, I) e nos casos de imprescindibilidade material irremovível, isto é, quando o próprio fato em si reclama prova determinada, a exemplo do exame pericial (art. 420), da inspeção judicial (art. 440) e da requisição de documentos (art. 399)."

550 ***Curso de Direito Processual Civil, op. cit.***, p. 373, n. 420.

De todos, melhor é a sugestão de Celso Agrícola Barbi, que defende a tese de que o juiz, no campo probatório, é livre para produzir todo o tipo e qualquer fonte.[551] Ao comentar o art. 130 do CPC diz o mestre que

> o texto atual é amplo, não limitando os meios de prova que o juiz pode entender conveniente determinar por sua própria iniciativa. Atende ele a um sentimento muito difundido entre nossos magistrados, que, com razão, não se satisfazem com uma atitude de inércia, que poderia levá-los, em certos casos, a julgar uma causa em forma não satisfatória, porque insuficientemente esclarecidos os fatos. A norma legal propicia ao juiz, nessas hipóteses, meios para completar sua convicção e, assim, decidir com tranqüilidade de consciência, realizando o ideal do verdadeiro juiz, que não é apenas o de decidir, mas sim o de decidir bem, dando a correta solução da causa em face dos fatos e do direito.[552]

No entanto, há de se fazer uma ressalva: não dependem de prova os fatos (art. 334): a) notórios; b) afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; c) admitidos, no processo, como incontroversos; d) em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Sendo notório, o fato independe de prova, e vedado está ao juiz em produzir prova contra um fato notório. De modo semelhante, se dá com a confissão, que tem valor de prova legal e obriga o juiz a submeter-se a seus termos para o julgamento da causa. Seus efeitos são análogos aos da revelia e do ônus da impugnação especificada dos fatos, isto é, as alegações da parte contrária correspondem à verdade.[553]

No entanto, como o propósito é de fazer justiça no caso concreto, pode o juiz produzir, de ofício, prova que venha desnaturar qualquer tipo de confissão,[554] notadamente quando operar no seu espírito fundado re-

551 ***Comentários ao Código de Processo Civil***, 10ª ed., Forense, 1998, pp. 397-399.

552 ***Idem***, p. 398.

553 H. Theodoro Jr., ***Curso de Direito Processual Civil, op. cit.***, pp. 382-383.

554 O mesmo pode acontecer na revelia, como já teve oportunidade de decidir a respeito o STJ: "A presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em face à revelia do réu é relativa, podendo ceder a outras circunstâncias constantes dos autos, de acordo com o princípio do livre convencimento do juiz." (RSTJ 20/253).

ceio de vir a mesma causar prejuízo a terceiro ou que sirva de meio para burlar a lei.

De igual sorte, vedado que é às partes utilizarem-se do processo para obtenção de vantagens ou fins escusos, faculta-se ao juiz, como diretor da relação jurídica processual, produzir prova contrária quando reputar que os fatos tidos como incontroversos (que não necessitam de prova como preceitua o inciso III do artigo), são utilizados como chicana para obtenção de um pronunciamento jurisdicional de mérito e consequentemente fraudar a lei ou prejudicar terceiros.[555]

Quanto às presunções constantes do inciso IV do art. 334, entende-se vedado ao juiz a produção de prova de ofício quanto às chamadas presunções legais ou ***iuris et de iure***. Quanto às presunções relativas (***iuris tantum***), pode usar o juiz de seu poder de direção, produzir as provas que entender necessárias para o seu convencimento.

Tratando-se de direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se a parte que o alegar não produzir a prova determinada pelo art. 337 do CPC, pode e deve o juiz buscar as fontes probatórias para apurar a verdade concreta e real da situação jurídica controvertida.

É possível que quando em busca da verdade real, o juiz se confronte com regras processuais, como a preclusão.[556] A não utilização de uma faculdade processual no momento adequado implica, em princípio, perda dessa faculdade. Seria possível o magistrado determinar a oitiva de uma testemunha não arrolada tempestivamente pela parte interessada, ou a preclusão afastaria por completo essa possibilidade?

Pelo que se defendeu até aqui, para que o processo possibilite real acesso à ordem jurídica justa, é necessária a garantia da produção da prova, cujo ônus recai, em princípio, à parte, mas, ao juiz também assiste o poder de determinar as provas necessárias à formação de seu convencimento.

555 H.M. Campo, ***O princípio dispositivo em direito probatório, op. cit.***, p. 112.

556 A preclusão faz com que a parte não mais possa exigir a produção da prova por ela desejada.

Aliás, como sujeito interessado no contraditório efetivo e equilibrado, o juiz não pode afastar-se da busca incessante da justiça da sua decisão.

Omitindo-se à parte na produção da prova, seja pela perda do prazo na apresentação do rol, ou pela dispensa da oitiva da testemunha, verificando o juiz que os elementos constantes dos autos para formar sua convicção são insuficientes, pode e deve, justificadamente, determinar a produção da prova ou de outras provas, até mesmo as testemunhas não arroladas ou arroladas inadequadamente.[557]

Como diz José Roberto dos Santos Bedaque,

> as regras processuais referentes à preclusão destinam-se apenas a possibilitar o desenvolvimento normal da relação processual. Não podem prevalecer, porém, sobre o poder-dever do juiz de tentar esclarecer os fatos, aproximando-se o quanto possível da verdade, pois sua missão é pacificar com justiça. E isso somente ocorrerá se o provimento for resultado da atuação da norma a fatos efetivamente verificados.[558]

Segundo Bedaque, com quem se concorda integralmente, até mesmo a falta de documentos indispensáveis (art. 283) não implica necessariamente o indeferimento da inicial. "A jurisprudência vem abrandando, também, o aparente rigor desse dispositivo e do art. 396, só não permitindo a juntada, no curso do processo, de documentos realmente essenciais à propositura da demanda." É preciso, continua o autor, "compatibilizar as normas processuais sobre preclusão com a garantia constitucional ao devido processo legal, em que se inclui, evidentemente, o direito à prova. Nada obsta, outrossim, que o magistrado reconsidere decisão anterior que dispensara determinada prova. Também aqui não se pode falar em preclusão".[559]

---

557 "O magistrado tem a faculdade de deferir as provas reclamadas pela parte, até mesmo de ofício, se entendê-las necessárias à instrução do processo." ***RT 605/96***.

558 ***Poderes instrutórios do juiz, op. cit.***, p. 17.

559 ***Idem***, pp. 18-19.

O mesmo autor assevera que mesmo a parte perdendo a faculdade de produzir determinada prova, em decorrência da preclusão temporal, pode o juiz ordenar sua realização de ofício, por entendê-la necessária à formação de seu convencimento. "Não parece haver risco para a imparcialidade se o juiz assim proceder, desde que não o faça por motivos outros, escusos, esses, sim, ilegítimos. Se a atividade instrutória oficial destina-se simplesmente à formação do convencimento do julgador, que a determina em razão de verificar a existência, nos autos, de meios aptos à apuração dos fatos controvertidos, a iniciativa não compromete a imparcialidade. A questão está ligada tão-somente à técnica processual. Em face dos valores envolvidos, possível conflito entre as regras relativas à preclusão e o disposto no art. 130 deve ser solucionado segundo o escopo maior do processo. A preclusão é simples mecanismo técnico destinado a permitir o normal desenvolvimento da relação processual. Deve ceder diante de valor maior, como o representado pelo convencimento do juiz a respeito da realidade jurídico-material. Daí não poder a iniciativa probatória oficial subordinar-se às regras sobre preclusão, ao contrário do que se verifica em relação à revelia e à incontrovérsia fática (CPC, arts. 319 e 334)."[560]

1.9. Momento no qual o juiz pode, de ofício, determinar a produção de prova

Lembrado em oportunidades anteriores neste trabalho, as partes podem dispor de seus direitos, mas não têm elas nenhum poder de disposição sobre o poder do juiz de averiguar o fato. Dispõem elas do direito subjetivo e, por isso, consequentemente, do exercício à pretensão à tutela jurídica (demandar ou não, desistir, etc), inclusive limitando o objeto do processo, mas não necessariamente deve dispor sobre a técnica instrumental do procedimento. A iniciativa do processo é da parte, mas o impulso é oficial. Vige o princípio dispositivo, mas não o princípio de controvérsia.

560 ***Poderes instrutórios do juiz, op. cit.***, pp. 19-20.

Por isso, a amplitude da iniciativa probatória do juiz não varia conforme o direito controverso se sujeite ou não ao poder de disposição das partes. O Código de Processo Civil estabelece que em qualquer caso, cabe ao juiz determinar de ofício a realização de provas que julgue necessárias à instrução da causa (art. 130).

Também ficou esclarecido que as normas de distribuição do ônus da prova denotam, fundamentalmente, normas de julgamento, daí não se reconhecer qualquer limitação aos poderes do juiz em matéria de prova.

Com a emancipação do direito processual como ciência autônoma, a partir de estudos tendo por objeto o princípio dispositivo, a diferença estabelecida entre o poder de disposição das partes sobre o direito material e a sua indisponibilidade sobre o mecanismo processual (inclusive sobre a produção das provas) permitiu que parte da doutrina chegasse à interessante conclusão: os poderes instrutórios do juiz não se alterariam em função da natureza da relação substancial discutida no processo.[561]

Ainda que se entenda que as normas de distribuição do ônus da prova sejam normas de comportamento para os litigantes (aspecto subjetivo), não se pode concordar com o fato de que acham ponto de apoio no princípio dispositivo. Isso quer dizer que o princípio dispositivo nada tem a ver com a problemática da investigação dos fatos da causa. Não serve de justificativa a disponibilidade do direito litigioso, nem o resguardo da imparcialidade do juiz.

A prova do fato não aumenta nem diminui de valor conforme haja sido carreada para os autos por iniciativa da parte onerada, ou pelo juiz. "Pouco importa a sua origem." A isso se atribui o nome de "princípio da comunhão da prova". "A prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo;[562] pouco importando sua fonte, pouco

561 Cf. L.E.B. Pacífico, ***O ônus da prova no Direito Processual Civil***, Revista dos Tribunais, 2001, pp. 152-153.

562 "las pruebas ofrecidas por una parte no le pertenecen a ella, sino al proceso; con lo cual se explica que el legislador tratara de dar la menor importancia posible en su producción a la contraria del proponente de una probanza." (Jorge W. Peyrano. ***El proceso civil. Principios y fundamentos.Ob. cit.***, p. 118-119). Eduardo Couture, in ***El "cross examination" en la prueba de testigos, em Estúdios...***, citado por Jorge W. Peyrano, ob. cit., p. 118, nota de rodapé n. 129, leciona: "En el lenguaje forense se habla diariamente de 'mis testigos' o de 'los testigos de mi adversario'. La realidad, no por elemental

importa sua proveniência." As normas sobre a repartição do ônus da prova subsistem intactas, não são afetadas nem mesmo pela iniciativa probatória do juiz, "porque elas constituem a última solução, a tábua de salvação que a lei atira ao juiz em contrapartida da proibição que lhe impõe de deixar de julgar por não ter conseguido formar uma convicção segura" sobre os fatos relevantes do processo. São, fundamentalmente, normas de juízo. Assim sendo, o julgamento segundo o ônus da prova, que é "uma tragédia psicológica para qualquer juiz de sensibilidade apurada [...] só deve sobreviver depois que se esgotarem todos os meios. E não está dito em parte alguma que entre esses meios não possa figurar a iniciativa do juiz".[563]

Em suma, o ativismo do juiz, no campo da instrução probatória, contribui para tornar mais efetivo o processo.

Mas, qual o momento adequado, no curso do processo, para o juiz determinar, de ofício, a realização da prova?

Há, segundo Jorge W. Peyrano, duas correntes antagônicas. A primeira defende a ideia de que só se pode dar até o momento da produção da prova pelas partes; a segunda propõe a produção, de ofício, em qualquer estado em que se encontre a causa.[564]

Importa lembrar que no tocante à prova documental a participação do juiz é, de regra, secundária. Quando apresentada pela parte, limita-se o juiz a deferir ou indeferir a juntada do documento. Obviamente que ao juiz não obsta determinar a apresentação do documento, ou a sua requisição quando em poder dos órgãos públicos.

Ao contrário, na prova oral, o juiz tem papel de primeira importância. E por prova oral, evidentemente, refere-se ao depoimento pessoal das partes, ao depoimento das testemunhas e eventualmente do perito.

---

indigna de ser repetida, es que los testigos son, según el aforismo, 'los ojos y los oídos de la justicia', y que a ésta y no a las partes pertenecen. Ya lo hacía notar Ihering: el testigo fue, en un primer momento histórico, un auxiliar de la parte; testis quiere decir que ayuda, el testigo fue primero un fiador o defensor. Pero en el tiempo posterior interviene tan solo con sus aseveraciones."

563 J.C.B. Moreira, ***O juiz e a prova***, RePro, n. 35, op. cit., pp. 181-182.

564 El proceso civil. ***Principios y Fundamentos, op. cit***., p. 88.

Parece mais apropriado o posicionamento daqueles que acolhem o segundo momento, ou seja, o juiz tem a faculdade de, a qualquer momento, até a sentença, obviamente, eis que aí o juízo termina e acaba com o ofício jurisdicional, abrir a conclusão dos autos a fim de diligenciar buscas nas fontes probatórias, quando, por seu juízo, o processo não se encontrar em condições plenamente satisfatórios para permitir um pronunciamento de mérito com segurança.

Disse a "qualquer momento" porque há provas supervenientes, provas contrárias e outras que surgem no correr do feito e essas, se admitidas, podem causar perplexidade no espírito do julgador e necessitar, segundo seu entendimento, de melhor serem esclarecidas.[565]

De regra, não há de assaltar o espírito do juiz durante a instrução da causa, senão quando, depois de encerrada a colheita das provas, for chegado o instante de avaliá-las para decidir. Então se cogita da existência de eventuais lacunas no material probatório.

Inserem-se em etapas diversas do processo, embora muito próximos, o princípio da livre apreciação ou persuasão racional e o princípio do ônus da prova. Aquele, que antecede este, no momento da valoração das provas, permite ao juiz obter livremente a convicção sobre a verdade ou a falsidade das afirmações feitas no processo, inclusive com base nas regras de experiência. Diante das incertezas em que fica o juiz, não se sentido convencido sobre os fatos relevantes, utilizar-se-á dos seus poderes, determinando ***ex officio***, motivadamente, a realização da prova necessária como última solução, a "tábua de salvação que a lei atira ao juiz".[566] Atravessada essa fase, sem poder encontrar a solução, aplica-se a regra de julgamento baseada no ônus da prova que dá ao juiz o que a livre apreciação lhe negou. O ônus da prova viabiliza o pronunciamento judicial de mérito. É o aspecto

565 Casos há em que as provas são produzidas previamente. Isso pode acontecer antes do início do próprio processo ou, durante seu curso, antes da realização da audiência, que seria o momento adequado.

566 Termo usado por J.C.B. Moreira, ***in O juiz e a prova***, RePro, n. 35, op. cit., p. 181.

objetivo que se desenvolveu por insuficiência do prisma subjetivo que se aplica quando determinado fato não foi provado, tendo o juiz de imputar a alguém as consequências desfavoráveis da falta da prova. Verificando que o fato não provado era o constitutivo, as consequências nefastas recaem ao autor; se a prova faltante é de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, quem suportará tais consequências será o réu.

O que foi dito até aqui ficou restrito ao juiz de primeiro grau. Mas também se aplica aos juízes de segundo grau. O órgão que vai julgar a causa em grau de recurso necessita saber se deve ou não concordar com a valoração feita em primeira instância e, para isso, outra solução não lhe resta senão confiar no que está dito pelo juiz nos autos. Às vezes, a leitura fria de um depoimento pode ter várias significações; a mesma frase pode ter dois tons diferentes, distintos e até opostos, além de obscuro, porque quem o colheu não teve o cuidado de atentar-se para a clareza.[567]

No sistema brasileiro, é por intermédio do juiz que a prova é carreada para os autos. É ele quem formula as perguntas, ainda quando formuladas pelos advogados das partes e dita para o datilógrafo ou digitador as respostas do depoente. É o juiz peça mestra, decisiva na colheita dessa prova. Seria, como diz Barbosa Moreira,[568] importante que o juiz, a essa altura, já tivesse estudado os autos com suficiente vagar, formando uma ideia da causa para saber quais as questões relevantes que o guiasse na formulação das próprias perguntas e com convicção e firmeza, deferir ou indeferir as indagações que lhe fossem requeridas pelos advogados das partes.

Isso nem sempre acontece, infelizmente. O juiz vai para a audiência sem ao menos ter compulsado os autos e, pior, "melhora" o que o depoente diz. Mesmo que com a melhor das intenções, frequentemente desfigura ou torna ininteligível o depoimento.

567 No futuro, isso pode ser resolvido com o progresso tecnológico. A possibilidade de reproduzir a imagem perante o órgão julgador de segundo grau, resolve a questão.

568 ***O juiz e a prova***, RePro, n. 35, ***op. cit.***, p. 182.

Ao se defrontar com situações como essa e sendo o depoimento de importância para um convencimento pleno, livre de perplexidades, pode e deve o órgão julgador converter o julgamento em diligência para sanar a obscuridade dos fatos, esclarecendo a dúvida[569] ou até mesmo, se possível, reproduzir o depoimento perante os juízes de segunda instância. Isso pode ocorrer também com a prova pericial, quando tantas vezes se defronta o juiz com um laudo complexo, mal explicado, termos técnicos ininteligíveis para um leigo no assunto.

Não tem o juiz que se preocupar, ao tomar a iniciativa de determinar a realização de alguma prova, com o que vão dizer sobre a sua imparcialidade. Como assevera Barbosa Moreira, não dispõe ele de bola de cristal, nem é futurólogo, para prever ou adivinhar qual vai ser o resultado da diligência[570] e, portanto, a qual das partes a sua iniciativa em verdade beneficiará. Ao juiz não interessa quem vença o litígio; se "o indivíduo 'X' ou o indivíduo 'Y', considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão. A este ângulo, não há neutralidade possível. Ao juiz, como órgão do Estado, interessa, e diria que a ninguém interessa mais do que a ele, que se faça justiça, isto é, que vença aquele que efetivamente tenha razão. Ora, a este é que vai beneficiar a diligência ordenada pelo juiz. Logo, a iniciativa de determiná-la não significa, em absoluto, quebra do dever de imparcialidade".[571]

---

569 J.C.B. Moreira faz interessante sugestão: Que tal os juízes, ao colher o depoimento da testemunha, anotassem certas peculiaridades em tudo aquilo que possa constituir elemento relevante para a respectiva valoração, como, neste ponto, a testemunha enrubesceu. Isso, segundo o professor, seria um elemento valioso para os julgadores de segundo grau. ***O juiz e a prova***, RePro, n. 35, ***op. cit.***, p. 183.

570 Na mesma direção, o pensamento de Jorge W. Peyrano, ao afirmar: "nunca puede saberse a priori con certeza cuál va a ser el resultado de una diligencia probatoria, amén de que la existencia de dicha sospecha evidenciaria que la verdad y el derecho están de parte del que se veria injustamente perjudicado por la pasividad de um juez más preocupado por aventar toda imputación de parcialidad que por administrar justicia." ***El proceso civil. Principios y fundamentos, op. cit.***, p. 86.

571 ***Idem***, p. 180. Contrariando esse pensamento, Liebman coloca a imparcialidade do juiz no centro da discussão, ressaltando que o fundamento do princípio dispositivo está na necessidade de mantê-lo (o juiz) como 'estranho' à matéria sobre a qual deva exercitar o seu juízo. Essa posição de 'estraneità'caracteriza a atividade judicial, distinguindo-a de outras atividades públicas. Além de se manter alheio aos interesses discutidos no feito, o juiz deve ter psicologicamente assegurada

Não se pode esquecer que diante do princípio da publicidade dos atos processuais, concomitante com o princípio do contraditório, tem de ser intimadas as partes litigantes acerca da iniciativa do juiz em buscar as provas ***ex officio*** e também do momento da sua produção. "Las partes pueden intervenir en ellas y controlarlas", além do que uma testemunha "pueda ser tachada por la parte conocedora de su parcialidad o ser reperguntado".[572] Logicamente que se contraditada, a parte que contraditou tem a faculdade de provar a contradita com documentos e com testemunhas, até três, apresentadas no ato e inquiridas em separado (§ 1º do art. 414 do CPC).

A intervenção das partes na colheita da prova produzida de ofício pelo juiz resume-se no acompanhamento do ato processual, facultadas às reperguntas. Não lhes reabre prazo para apresentação de rol, exceto se dentro do prazo do art. 407 ou 278 do CPC, conforme o procedimento, se ordinário ou sumário.

Importa sejam as partes intimadas para a produção de provas ***ex officio***. O prazo para as partes requererem a produção de suas provas é um só, nada justificando a reabertura de prazo para o oferecimento de outras provas ou contraprova em razão da iniciativa de ofício do juiz. A produção dessa prova de ofício não pode ser tida como benéfica ou prejudicial a um dos litigantes, uma vez que não se concebe haja benefício ou prejuízo na realização da justiça.

Ao determinar a produção de prova de ofício, o juiz desconhece qual o resultado que ela produzirá no processo. Na melhor das hipóte-

---

sua imparcialidade. E corre o risco de ficar comprometida a imparcialidade quando o juiz julga com base numa prova por ele próprio escolhida e por sua iniciativa realizada no processo. (***Fondamento del principio dispositivo. Problemi del proceso civile***. Milano: Morano, 1962, p.13). Cappelletti, rebatendo a crítica de Liebman, assevera que "a imparcialidade do juiz deve dizer respeito ao objeto do processo, e não ao processo. Aqui, sendo ele parte da relação processual não pode ser imparcial". A dispositividade para Cappelletti, situa-se no vínculo do juiz à iniciativa da demanda pelas partes e no estabelecimento, por essas, do objeto do processo. Assim não fora, a publicização passaria do processo para o objeto do processo; ou, em outros termos, tal e qual ocorre nos países socialistas, a abolição do direito subjetivo". (Rivista di Diritto Processuale, 15/551-565, apud Antônio Janyr Dall Agnol Júnior. ***O princípio dispositivo no pnsamento de Mauro Cappelletti***. Revista Ajuris n. 46, ano XVI – julho/1989 – p. 107-108).

572 Parody ***apud*** J.W. Peyrano, ***El Proceso Civil. Princípios y Fundamentos, op. cit.***, p. 88.

ses, essa prova trará para o processo a verdade real – os fatos tais como aconteceram – a fim de que a tutela jurisdicional seja entregue de maneira equilibrada.

1.10. Consequências jurídicas

Cappelletti dando nova feição ao princípio dispositivo afasta-o do monopólio das partes na iniciativa da prova, sem que o processo perca seu caráter de dispositivo.[573] A dispositividade situa-se no vínculo do juiz à iniciativa da demanda pelas partes e no estabelecimento, por essas, no objeto do processo. Daí que a iniciativa das provas não é mais monopólio privado, podendo o juiz, como diretor do processo, determinar e produzir no processo, de ofício, as provas que entender necessárias para firmar seu convencimento sobre os fatos afirmados pelas partes, exercendo sua função de julgar e julgar bem, com justiça.

Tendo o Estado interesse na integridade do ordenamento jurídico e na pacificação social, não só às partes devem ser concedidos poderes instrutórios, pois o resultado do processo interessa, não só a elas, mas principalmente ao Estado como meio de tornar possível a convivência das pessoas em sociedade.

Na lição de José Roberto dos Santos Bedaque, "se todos os integrantes da relação processual têm interesse no resultado do processo, não se deve deixar nas mãos das partes, apenas, a iniciativa instrutória. Ao contrário, tudo aconselha que também o juiz desenvolva atividades no sentido de esclarecer os fatos. Enquanto as partes procuram fazer com que o procedimento se desenvolva segundo seus interesses, o juiz tem em vista o interesse geral. Justifica-se, portanto, a iniciativa probatória oficial. Quanto melhor os fatos estiverem representados nos autos, maior a possibilidade de um provimento justo, que expresse perfeitamente a regra jurídica do caso concreto. E somente um resultado como esse possibilitaria

573 ***Apud*** A.J. Dall Agnol Jr., ***O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti***, Revista Ajuris, ***op. cit.***, p. 108.

a ***verdadeira*** paz social. Aquele que não vê reconhecido o seu direito, em decorrência de um provimento injusto, passa a não crer mais na função jurisdicional. Na medida em que essas frustrações se repetem, aumenta a tensão social, o que, evidentemente, não interessa ao Estado".[574]

A liberdade das partes não fica limitada diante da iniciativa probatória oficial. Por agir de ofício objetivando conhecer os fatos afirmados no processo, o juiz está simplesmente exercendo sua função, que é de julgar com justiça e para tanto é imprescindível conhecer bem esses fatos para poder aplicar normas jurídicas sobre esses mesmos fatos. As partes podem dispor da relação jurídica de direito material controvertida, mas não necessariamente da relação processual, que é distinta e que vive sob o signo publicístico, e não sob o signo privatístico. Elas não perdem a disposição de seus direitos, mas perdem a disposição do poder do juiz de averiguar os fatos por elas afirmados sobre seus pretensos direitos.

Pelo simples agir oficial de ofício em matéria probatória não se qualifica o processo como inquisitório, eis que, como diz Calamandrei, "conferir al juez el poder de escoger y de utilizar por si los médios de prueba que considera más idôneas para constatar la verdad en el âmbito delineado por las peticiones de las partes no está en oposición com el carácter disponible de la relación controvertida".[575]

Atenuada atualmente se acha a dimensão do princípio dispositivo[576] para a fórmula ***iudex secundum allegata partium judicare debet***. Não se admite mais um princípio dispositivo rígido, caracterizado pelo individualismo liberal. O aumento dos poderes instrutórios do juiz restaura o caráter publicístico do processo, não importando em ato arbitrário. Modernamente, um dos grandes progressos da ciência processual é a introdução do princípio da atividade do juiz, agora chamado a assumir ativamente a direção do processo, não se admitindo mais apenas a constatação jurisdi-

574 ***Poderes instrutórios do juiz, op. cit.***, p. 72.

575 ***Derecho Procesal Civil. Instituciones de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código***, Buenos Aires, Europa-America, 1973, p. 406, v. 1.

576 B. Moreira critica o termo dispositivo. Para ele a expressão é altamente equívoca, utilizada, muitas vezes, em acepções bastante diversas. O juiz e a prova, RePro, n. 35, cit., p. 179.

cional da verdade dos fatos alegados, mas antes que no espírito do julgador se forme a convicção da realidade desses fatos.

Essa evolução baseia-se no correto entendimento de que o instituto das provas diz essencialmente respeito à função jurisdicional do Estado, enquanto função pública que é, e de que a solução dos conflitos põe fundamentalmente em movimento o interesse do próprio Estado, representado na iniciativa instrutória do magistrado.

Concluindo: a) Cumpre ao juiz remover os obstáculos que se oponham ao andamento regular do processo, ordenando o que se mostrar necessário para o seu seguimento, recusando o que for impertinente ou meramente dilatório (art. 130 do CPC); b) inquirir oficiosamente as partes (art. 343) e terceiros (art. 130) sobre os fatos articulados e os instrumentais que resultem da instrução e discussão, relevantes para o desfecho da lide e se mostrem controvertidos; c) requisitar oficiosamente informações, pareceres técnicos, plantas, fotografias, etc ou quaisquer outros documentos necessários ao esclarecimento da verdade; d) realizar inspeção judicial espontânea e oficiosamente ordenada (art. 440); e) determinar, de ofício, a realização de perícia ou de nova perícia, quando a matéria não lhe parecer suficientemente esclarecida (art. 437); f) inquirir oficiosamente testemunhas não arroladas pelas partes, se do depoimento de uma das arroladas se constatar que essa outra tenha conhecimento de fatos importantes para a decisão da causa (art. 418); g) inquirir testemunhas, mesmo que arroladas fora do prazo, quando entender necessárias à instrução do processo e voltadas para a pesquisa da verdade; h) mesmo que as partes pretendam o julgamento antecipado da lide, entendendo o juiz que o litígio exija a produção de provas, não está obrigado a atender a vontade dos litigantes, pois o compromisso maior do juiz moderno é com a realização da justiça, por isso está investido de poderes de iniciativa probatória.

Em todos esses atos, as partes serão sempre intimadas, podendo neles intervir e controlá-los e o juiz, preservada sua convicção, sempre motivar fundamentadamente a necessidade da realização desse ato.

2. Responsabilidade do juiz

De tudo o que foi dito, pode-se concluir que o princípio dispositivo deve limitar-se ao campo do direito material, representando a liberdade que as partes têm para praticar atos processuais visando à disposição de seus direitos subjetivos. Os sujeitos parciais do processo podem estabelecer limites quanto aos fatos a serem examinados pelo juiz, não em relação aos meios de prova que ele entender necessários à formação de seu convencimento. A atuação do juiz deve ser dinâmica, visando trazer para os autos o retrato fiel da realidade jurídico-material.[577]

No entanto, os poderes de iniciativa probatória do julgador, embora o valorize nas suas funções, não o torna irresponsável. Tem o juiz de sentir o peso da sua decisão.

Afasta-se, de plano, a ideia de que o juiz tenha poder discricionário de determinar a realização da prova; não o faz por conveniência e oportunidade. Daí a necessidade de o julgador estar suficientemente preparado para assumir essa relevante função para tomar atitudes decisórias compatíveis com as necessidades do processo civil moderno.

Ao decidir a respeito da realização de determinada atividade instrutória, deve demonstrar a necessidade fundamentadamente. Esclarecerá o juiz os motivos por que, no seu entender, a situação dos autos reproduz a hipótese legal (art. 130 do CPC).

A adequada fundamentação oportuniza as partes o convencimento ou não na necessidade da prova e em eventual recurso possam apresentar as razões de impugnação e o órgão superior tenha condições de examinar os argumentos favoráveis e contrários à conclusão impugnada.

É importante que o juiz inteire-se das questões postas que necessitam de julgamento, e se dependentes de esclarecimentos para proferir uma decisão justa, deve, de ofício, determinar a produção de prova para

577 J.R.S. Bedaque, ***Poderes instrutórios do juiz, op. cit.***, p. 158.

o afastamento do estado de perplexidade ou de incerteza de justiça. Com isso, estará proporcionando um real equilíbrio entre as partes.

Sempre que o juiz entenda de completar a iniciativa probatória, haverá de agir com grande cautela e parcimônia para não violar o dever de imparcialidade, demonstrando ou justificando a importância e a necessidade, e que a decisão de determinar a prova seja fundamentada nesse sentido.

No entanto, o juiz deve estar cônscio da sua responsabilidade. Não basta o fortalecimento da sua autoridade, conferindo-lhe total liberdade em determinar de ofício o recolhimento de provas pelas partes não provocadas de qualquer natureza para melhor e mais justa solução do litígio. Não é segredo aos que labutam diariamente nas lides forenses que as questões de fato são sempre menos apetitosas do que as questões de direito. Estas têm certa predileção para análise, enquanto que aquelas, geralmente enfadonhas, dependem de paciência para que sejam analisadas e reconstituídas. Imagine-se um juiz que não tem muito apreço pelo trabalho. A outorga de maiores poderes instrutórios pode lhe dar a oportunidade para procrastinar caprichosamente o curso do processo. Basta, por exemplo, argumentar que para o esclarecimento da verdade, é necessária a realização dessa ou daquela prova. Uma vez realizada, ordena outra, por entender que a verdade ainda não está esclarecida e, assim, outra e mais outra; ou, ainda, determina um exame pericial dispendioso, de nenhuma utilidade para o deslinde da causa.

Lembra a respeito Humberto Theodoro Júnior, com muita propriedade, "que muitas vezes a conduta do juiz exorbita, por não saber discernir o que a lei lhe permite ou lhe não recomenda. É que no campo da imparcialidade e da isenção de ânimo, o pressuposto maior é a qualidade moral do julgador, elemento que não depende, nem se sujeita ordinariamente a regras e mandamentos de direito objetivo. Mesmo perfeita a lei, no espírito e na forma, pode muito bem ser traída pela má-fé ou desídia do aplicador.

O único penhor da justa e perfeita aplicação da norma de conduta imparcial do juiz é a ***virtude***, a fé no valor das aspirações político-constitucionais que dominam o ordenamento jurídico".[578]

E reproduzindo Couture, lamenta, o citado autor,

> este gênero de qualidade não pode estar dentro do sistema de normas, mas somente dentro do coração humano, justamente onde nenhuma norma pode alcançar" e conclui: "Daí a relevância do rigor com que se devam escolher os juízes, a fim de evitar-se que a pesada e sublime missão de julgar venha a cair em mãos inábeis ou deletérias.[579]

Não basta que essa responsabilidade seja pecuniária. Cândido Rangel Dinamarco, ao explicar quais são os destinatários dos deveres do art. 14 do Código de Processo Civil, inclui o juiz,[580] mas não se tem notícia de que algum juiz tenha sido responsabilizado pela prática de atos inúteis no processo.

Embora não seja objetivo deste estudo, para simples reflexão, só um sistema de controle poderia ser possível libertar-se do arbítrio do magistrado e esse controle, a exemplo do sistema inglês, teria de ser social e não institucional, até porque, quanto mais perfeito o sistema de controle, mais perfeito seria o Estado Democrático de Direito.

578 ***Os poderes do juiz em face da prova,*** Revista Forense, n. 263, jul-set/1978, pp. 44-45.

579 ***Idem***, p. 45

580 "O caput do art. 14 do Código de Processo Civil, segundo a redação que lhe imprimiu a ***Reforma*** em 2001 (lei n. 10.358, de 27.12.2001), consigna como destinatários dos deveres éticos regidos no capítulo ***as partes e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo***. Isso significa abranger não só todas as partes, inclusive assistentes e intervenientes em geral, como também seus advogados, o próprio juiz, o Ministério Público, a Fazenda Pública, os auxiliares da Justiça e as testemunhas..." (***A reforma da reforma***, Malheiros, 2003, pp. 58-59).