

DIÁLOGO
JURÍDICO

©
Distribuição: Coordenação do Curso de Direito
Endereço: R. Castro Monte, 1364 – 2º andar, Fortaleza-CE
CEP: 60175-230
Fones: (85) 3486.9090 e 3486.9003
Fax: (85) 3267.5169
e-mail: academica@ffb.edu.br
Capa: Gráfica FB
Tiragem Mínima: 150 exemplares
Bibliotecária Responsável: Waleska Lima



FICHA CATALOGRÁFICA

Diálogo jurídico/ Ano 1, n. 1 (jan./jun.2002) – Fortaleza: Faculdade Farias Brito, 2002–

Semestral

ISSN 1677-2601

1. Direito – Periódicos I. Faculdade Farias Brito (FFB)

CDD 340.05

Revista DIÁLOGO JURÍDICO

Ano XIV – Nº 18 – 2015

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Genuino Sales, Organização Educacional Farias Brito
Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa, UNIVALI (SC)
Prof. Dr. Antônio Duarte Fernandes Távora, UFC
Prof^a. Dra. Elisabeth Linhares Catunda, Fanor
Prof. Dr. Flávio Sátiro, UFPB
Prof. Hugo de Brito Machado Segundo, UFC
Prof^a. Dra. Lidia Valesca Bonfim Rodrigues, FFB
Prof^a. Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, UnB (DF)
Prof^a. Dra. Nuria Belloso, Univ. Burgos – Espanha
Prof. Dr. Paulo Bonavides, UFC
Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha, Laurentian Univ., Univ. Porto e Univ. Lusófona – Portugal
Prof. Dr. Paulo Lopo Saraiva, UNP E UFRN
Prof^a. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado, UFC
Prof. Dr. Ricardo Sayeg, PUC (SP)
Prof. Me. Thiago Matsushita, PUC (SP)
Prof. Dr. Willis Santiago Guerra Filho, PUC (SP) e UFRJ
Prof. Dr. Alfonso de Julius Campuzano, Univ. Sevilla – Espanha

PARECERISTAS AD HOC

Prof. M.e Adriano Pessoa da Costa, FFB
Prof^a. M.e Haradja Leite Torrens, FFB
Prof. Dr. Mardônio e Silva Guedes, FFB
Prof. M.e Eduardo Pragmácio Filho, FFB
Prof^a. M.e Juliana de Abreu Teixeira, FFB
Prof. M.e Roberto Victor Pereira Ribeiro, FFB
Prof. M.e Glauco Cidrack do Vale Menezes, FFB
Prof^a. Dra. Helena Stela Sampaio, FFB

PROJETO GRÁFICO

Daniel Paiva

REVISÃO

Wagner Ximenes

IMPRESSÃO

Gráfica Farias Brito

EDITORACÃO

Samuel Teixeira

REVISÃO DE ABSTRACTS

Amanda Pinto

A Revista Diálogo Jurídico é uma publicação semestral do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito. De circulação internacional, é aberta à colaboração da comunidade acadêmica jurídica e afim com a finalidade de propiciar a discussão acadêmica e incentivar o diálogo. Destina-se à publicação de trabalhos na área do Direito, Ciências Sociais e afins, com ênfase nas questões relacionadas ao constitucionalismo, democracia, políticas públicas, teoria e efetivação dos direitos fundamentais, prestação da tutela jurisdicional, relações entre Direito, empresa e tecnologia e novos atores e conflitos sociais.

Os textos devem ser inéditos e são de inteira responsabilidade de seus Autores.

REVISTA DIÁLOGO JURÍDICO

Faculdade Farias Brito, Curso de Direito
Rua Castro Monte, 1364, 2º Andar.
Fortaleza, Ceará
60175-230

Fones: 55 + 85 + 34869090 e 55 + 85 + 34869003

E-mail: academica@ffb.edu.br

Homepage: www.ffb.edu.br

Solicitamos a gentileza da permuta

Solicitamos canje cuando se solicita

We would like to exchange

On prie de bien vouloir établir l'échange

Tauschverkehr erwünscht

APRESENTAÇÃO

A 18ª edição da Revista Diálogo Jurídico é fruto do trabalho coletivo, advindo das atividades de pesquisa e de extensão realizadas no Curso de Direito da Faculdade Farias Brito. Os trabalhos estão em consonância com questões contemporâneas e revelam tanto a reflexão teórica, advinda dos “achados” da pesquisa, como a prática acadêmica relacionada com trabalhos de extensão e da prática jurídica. Poderemos encontrar nos textos um direito vivo, que cria possibilidades e interlocuções com a sociedade nas áreas de política internacional, cidadania, meio ambiente e direito de família.

No ensaio **A criação e evolução do estado democrático de direito: do pós-guerra aos dias atuais**, de Rodrigo Uchôa de Paula, Samuel Miranda Arruda e Alexandre Carneiro de Souza, discute-se sobre a História das Instituições políticas após a Segunda Guerra Mundial; História Contemporânea; Direito Constitucional; Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, partindo da compreensão das origens e evolução do Estado Democrático de Direito para o entendimento do atual Estado Constitucional dos países ocidentais. Os autores discorrem sobre as instituições de Direito Internacional criadas nesse período (ONU, FMI, BID, OTAN, Pacto de Varsóvia), os principais fatos que influenciaram no Direito Constitucional (Tribunal de Nuremberg, decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, associando a dimensões teóricas de Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Ronald Dworkin) e suas correlações com os direitos fundamentais de terceira, quarta e quinta dimensões.

No artigo **A cidadania em questão - entre a benevolência e a precaução - Aristóteles e Hobbes**, dos professores Alexandre Carneiro de Souza, Mardônio e Silva Guedes e Fernanda Denardin Gonçalves, as questões acerca da cidadania são pensadas a partir da filosofia de Aristóteles e Hobbes. O artigo buscou por um significado de cidadania no campo das relações que os indivíduos estabelecem entre si, no interesse da instituição e expansão do bem. Os autores articulando a noção de cidadania com a benevolência, considerando a cidade como um território moral, onde afloram as mais diferenciadas artes da comunicação social, que é, antes de tudo, um lugar de mútua benevolência.

A Contribuição do estudo do direito ambiental para a atuação cidadã na proteção da água – Campanha contra o seu desperdício, de Helena Stela Sampaio, Lidia Valesca Bonfim Pimentel e Carlos Roberto Martins Rodrigues, tem o propósito de relatar uma atividade de extensão e pesquisa acadêmicas que vem sendo realizada há cinco anos pelos acadêmicos da disciplina de Direito Ambiental

do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito, atualmente implantada a disciplina como Direito Constitucional Ambiental. Na adequação da disciplina ao mais novo currículo do curso em referência, também a atividade, a Campanha contra o Desperdício da Água, passou por uma reformulação para valorizar o entendimento do bem ambiental água, como um recurso econômico, essencial à garantia do direito fundamental à água. A pesquisa se deu no sentido de verificar a evolução que a água teve no ordenamento jurídico brasileiro, desde a previsão de classificação da água com possibilidade de bem privado.

No artigo **Apontamentos sobre a mediação de conflitos**, de Filipe Pinheiro Ikeda, Jeová César Verissimo de Oliveira Filho, alunos participantes do grupo de pesquisa Direito e Psicanálise da Faculdade Farias Brito, e dos professores Osvaldo Costa Martins, Fernanda Denardin Gonçalves e Glauco Cidrack do Vale Menezes. O trabalho é um ensaio para preparar reflexões de uma atividade prática prestes a vingar seus resultados. É fruto dos estudos do grupo de pesquisa em Mediação Familiar e Psicanálise, realizados durante o ano de 2014 e vividos em 2015, no âmbito do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito, sob a orientação dos professores Osvaldo Costa Martins e Glauco Cidrack do Vale Menezes. Tratar da mediação é um estímulo não somente para sua concretização, que já conta com regulamentação no ordenamento jurídico pátrio, mas para sua difusão profícua no seio acadêmico e social, em demonstração de formação e realização de atividades de responsabilidade social do ensino superior.

O trabalho **Isenção tributária e interpretação literal**, escrito pelos autores João Gabriel Laprovitera Rocha, Roberto Victor Pereira Ribeiro e Carlos Roberto Martins Rodrigues, buscou analisar o alcance do disposto no art. 111 do Código Tributário Nacional – CTN, no que tange à possibilidade de utilização de outros métodos interpretativos – além do literal – para retirar o significado pleno das normas tributárias que outorgam isenção. O argumento pensado em favor da interpretação da norma jurídica visou ultrapassar as leituras que conclui que a isenção só poderia ser interpretada de acordo com sua literalidade, com seu sentido gramatical, de fácil apreensão por meio de um dicionário jurídico.

Boa Leitura!

Coordenação Editorial

VIVER

A vida é este milagre da existência
Que nos faz presentes no mundo
Para as realizações das grandes conquistas
No calor das grandes esperanças.
Vale pela significação que lhe damos
Na dimensão do amor,
Da bondade,
Da inteligência
Da virtude.
Vale pela coragem e pelo sacrifício
Na busca da compreensão do mundo,
Coma a alegria de ser um dos seus construtores,
No sonho eterno de sua perfeição.
A vida é alegria triunfal
De sentir na maturidade
A sensação de realidade plena
De todos os sonhos vividos na mocidade.
É o conforto da sensação transcendente
Da geração da família
O esplêndido sonho da eternização
Que se transforma em realidade viva
Para a construção da sociedade
A vida é compromisso indubitável com a verdade,
Na vontade da construção do bem e da justiça.
É a busca incessante da excelência
Para a realização do ser como pessoa,
A elevação do homem aos seus destinos supremos,
Inspirados nos sentimentos e virtudes morais.
A vida é a capacidade
De compreender a alegria na dor,
É o esplendor da vontade de realizar,
Da vontade de construir,
Da vontade de compreender e de ensinar,
Com a sensação inextinguível de missão cumprida

SUMÁRIO

A CRIAÇÃO E EVOLUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DO PÓS-GUERRA AOS DIAS ATUAIS	11
Rodrigo Uchôa de Paula Samuel Miranda Arruda Alexandre Carneiro de Souza	
A CIDADANIA EM QUESTÃO – ENTRE A BENEVOLÊNCIA E A PRECAUÇÃO – ARISTÓTELES E HOBBS	29
Alexandre Carneiro de Souza Mardônio e Silva Guedes Fernanda Denardin Gonçalves	
CONTRIBUIÇÃO DO ESTUDO DO DIREITO AMBIENTAL PARA A ATUAÇÃO CIDADÃ NA PROTEÇÃO DA ÁGUA – CAMPANHA CONTRA O SEU DESPERDÍCIO	37
Helena Stela Sampaio Lidia Valesca Bonfim Pimentel Carlos Roberto Martins Rodrigues	
APONTAMENTOS SOBRE A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS.....	45
Filipe Pinheiro Ikeda Jeová César Verissimo de Oliveira Filho Oswaldo Costa Martins Fernanda Denardin Gonçalves Glauco Cidrack do Vale Menezes	
ISENÇÃO TRIBUTÁRIA E INTERPRETAÇÃO LITERAL.....	49
João Gabriel Laprovitera Rocha Roberto Victor Pereira Ribeiro Carlos Roberto Martins Rodrigues	

A CRIAÇÃO E EVOLUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DO PÓS-GUERRA AOS DIAS ATUAIS

RODRIGO UCHÔA DE PAULA¹
SAMUEL MIRANDA ARRUDA²
ALEXANDRE CARNEIRO DE SOUZA³

RESUMO:

A compreensão das origens e evolução do Estado Democrático de Direito é fundamental para o entendimento do atual Estado Constitucional dos países ocidentais. Discorrerei sobre as instituições de Direito Internacional criadas nesse período (ONU, FMI, BID, OTAN, Pacto de Varsóvia), os principais fatos que influenciaram no Direito Constitucional (Tribunal de Nuremberg, decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, decisões do Tribunal Constitucional Federal Alemão, doutrinas de Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Ronald Dworkin) e suas correlações com os direitos fundamentais de terceira, quarta e quinta dimensões (aqui utilizada a nomenclatura do Professor Paulo Bonavides) e com os direitos humanos. Desta forma, de modo preponderante e hierárquico, a temática deste artigo versará sobre a História das Instituições políticas após a Segunda Guerra Mundial; História Contemporânea; Direito Constitucional; Direitos Fundamentais e Direitos Humanos.

PALAVRAS-CHAVE:

História. Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Direitos Humanos.

ABSTRACT:

Understanding the origins and the evolution of Lawful Democratic State is essential to understand the present constitutional state of Western countries. I will speak about the international law institutions created in this period (UN, IMF, IDB, NATO, the Warsaw Pact), the main facts that have influenced the Constitutional Law (Nuremberg Tribunal, decisions of the Supreme Court of the United States, decisions of the German Federal Constitutional Court, Bonavides's doctrines, Jorge Miranda, Ronald Dworkin) and their correlation with the fundamental rights of third, fourth and fifth dimensions (here used the nomenclature of Professor Paulo Bonavides) and human rights. Thus, predominantly and hierarchical way, the theme of this article will focus on the history of political institutions after World War II; Contemporary History; Constitutional law; Fundamental Rights and Human Rights.

KEYWORDS:

History. Constitutional Law. Fundamental Rights. Human Rights.

1 Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor da graduação e pós-graduação em Direito da Faculdade Farias Brito. *E-mail*: ruchoa@uol.com.br

2 Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra, Portugal. Procurador da República do Ministério Público Federal. Professor do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito. *E-mail*: samuelarruda@yahoo.com.br Advogado, Professor de graduação e pós-graduação em Direito Administrativo e Processual Civil da Faculdade Farias Brito, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará. *E-mail*: cr.adv@uol.com.br

3 Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará. Professor da graduação e pós-graduação da Faculdade Farias Brito. *E-mail*: alcarneiros@gmail.com

1. INTRODUÇÃO – A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DOS “ESTADOS” DE DIREITO

Qual a razão de ser de análise do evoluir dos Estados de Direito, do Estado Liberal, passando do Estado Social ao atual Estado Democrático de Direito? Seria uma crítica tão somente histórica? Se não, qual seria seu fator (ou fatores) preponderante(s)?

O direito, especialmente o constitucional, não é fruto somente da lógica⁴. Muitas vezes, é produto de embates históricos, especialmente *da e na* Política.

O processo de desenvolvimento dos “Estados” de Direito é cumulativo. Em outras palavras: as conquistas de direitos, em suas diferentes “gerações” (*rectius*: dimensões), além dos avanços institucionais alcançados, do Liberalismo até hoje, permanecem. Aceitando o princípio da proibição de retrocesso⁵, devem ser considerados tais avanços, e procurar localizá-los na Constituição do Brasil de 1988 e na Constituição Portuguesa de 1976.

Com as revoluções liberais burguesas, surgiram os direitos fundamentais de primeira geração, os direitos civis e políticos, fase esta (Estado Liberal de Direito) de prestígio do Poder Legislativo. Com sua derrocada, em virtude do fosso criado entre Estado e Sociedade, surgiu o denominado Estado Social de Direito, com os direitos fundamentais de segunda geração, os direitos sociais, que se caracterizavam em direitos prestacionais, vale dizer, que exigiam um *fazer* por parte do Estado. Daí seu corolário de fastígio do Poder Executivo. O Estado Social, porém, coonestou com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo, como muito bem lembrou Paulo Bonavides, em seu clássico *Do Estado Liberal ao Estado Social*.

A atual fase é a do *Estado Democrático de Direito*, sendo este termo, inclusive, a “fórmula política”⁶ do Estado brasileiro. Fase pós-positivista, caracteriza-se, dentre outras coisas, pela reformulação da Teoria da Norma Jurídica, onde a Norma Jurídica é gênero, dos quais os princípios jurídicos (onde sua ambiência natural será o texto constitucional) e as regras são suas espécies. Tal concepção foi posta, na doutrina, em 1977, com a primeira edição da obra de Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (“Levando os Direitos a sério”, numa tradução literal). Surgem ainda neste contexto os direitos fundamentais de terceira geração (direitos difusos, concernentes ao próprio gênero humano) e, mais recentemente, os direitos fundamentais de quarta geração (democracia, informação e pluralismo, numa construção do Professor Paulo Bonavides) e, finalmente, os direitos correlatos à quinta dimensão (direito à paz).

4 Pontes de Miranda, *aparentemente*, defende o contrário: “os sistemas jurídicos são *sistemas lógicos*, compostos de proposições que se referem a situações da vida, criadas pelos interesses mais diversos” (*in Tratado de Direito Privado, Tomo I*, Ed. Bookseller, SP, 1954, p. IX). Aparentemente, ressalte-se, porque a leitura deste excerto, em sua última parte, mostra que “interesses os mais diversos” justificam a criação de institutos. Ora, nem sempre haverá uma lógica racional a justificarem tais interesses, infelizmente. Muitas vezes, interesses egoísticos é que fazem surgir certos direitos, sem serem, contudo, da maioria, mas sim de setores organizados, no que a doutrina de Ciência Política os cognomina de “grupos de pressão”.

5 A denominada “proibição de retrocesso” refere-se, para a maioria dos doutrinadores, como uma proteção dos direitos fundamentais, mormente os sociais. Por isso, também denominado de princípio da vedação do retrocesso social. Em síntese, tal princípio é a grande justificativa de se entenderem tais “Estados” de Direito, significando, de acordo com Cármen Lúcia Antunes Rocha, que “as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares” (*apud* Sarlet, Ingo Wolfgang, *in A Eficácia do Direito Fundamental à segurança jurídica*, publicado na *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 4, p. 365).

6 Por fórmula política aqui denominamos “a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social”. (cf. nesta acepção, Willis Santiago Guerra Filho, *Teoria Processual da Constituição*, pp. 178/179, 2a. ed., 2002.

A partir destas concepções, se tem como corolário lógico o atual prestígio do Poder Judiciário, onde este deverá agir não só “como árbitro de conflitos particulares, mas, igualmente, realizador de políticas públicas visando à modificação da realidade social e econômica”⁷.

Nesta atual fase pós-positivista, no exercício da jurisdição, o juiz assume função preponderante, como verdadeiro guardião da Constituição, especialmente no sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil e em Portugal, que adotam tanto o sistema difuso quanto o concentrado. Neste tocante, em face da atual posição do Poder Judiciário como instância última de garantia dos direitos fundamentais, assume, no ordenamento jurídico constitucional brasileiro e português, verdadeiro papel de “controlador” de todas as demais funções estatais.

Este artigo é uma síntese de um dos meus capítulos de minha tese de doutoramento em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Seu foco será a evolução dos “Estados Constitucionais”, principalmente o evolver do atual Estado Democrático de Direito.

2. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O ESTADO LIBERAL DE DIREITO

O Constitucionalismo originou os “Estados de Direito”, sendo o primeiro o “Estado Liberal de Direito”, nascido após as revoluções liberais burguesas, inicialmente com a Revolução Gloriosa, na Inglaterra (para o Direito Constitucional, seu fato histórico mais característico se deu com a edição do *Bill of rights*, em 1689), e Revoluções Francesa (1789) e de Independência norte-americanas (1776).⁸

Antes de tais revoluções, tinha-se, do ponto de vista da relação entre Estado e particulares, o que se chamava de Estado absolutista ou de polícia⁹. Após o surgimento dos primeiros Estados nacionais e decadência do regime feudal, ocorreu na história uma concentração de poder nas mãos do monarca.

Os movimentos revolucionários e ideais iluministas, quanto a política, identificaram-se numa ideia fundamental: a limitação da autoridade governativa, ou melhor falando, “criação de mecanismos limitadores do poder”¹⁰. Tal limitação se logrou tecnicamente mediante a separação de poderes (as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos) e a declaração de direitos fundamentais.

7 Cf. nesta acepção, José de Albuquerque Rocha, *in Estudos Sobre o Poder Judiciário*, p. 133, 1995.

8 Como será explicado, o liberalismo se inspira no princípio de se erigirem limites à tendência monopolizadora do poder, que se personifica no Estado. Não se pode esquecer, todavia, que a todo movimento revolucionário aparece um contrarrevolucionário (neste sentido, Bonavides, *Ciência Política*). Assim, por exemplo, após a Revolução Francesa seguiu-se a “Restauração”. O que se quer enfatizar é que mesmo na Carta reacionária da Restauração Francesa de 1814, mal escondia o “constrangimento com que o absolutismo cedia lugar às novas ideias e a avareza com que o Estado contrarrevolucionário acatava os direitos da liberdade conquistados pela burguesia ascendente” (*in Bonavides, Paulo, Do Estado Liberal ao Estado Social*, Ed. Del Rey, MG, 5ª. Ed., 1993, p. 36).

9 A expressão é de Jorge Miranda. Segundo ele, há dois momentos na evolução do absolutismo. O primeiro, “que se estende até princípios do século XVIII, a monarquia afirma-se de ‘direito divino’. O rei pretende-se escolhido por Deus, governa pela graça de Deus”. Num segundo momento, “embora essa referência básica se mantenha em nível de consciência jurídica da comunidade, vai procurar-se atribuir ao poder uma fundamentação racionalista dentro do ambiente de iluminismo dominante. É o ‘despotismo esclarecido’ ou, noutra perspectiva, em alguns países, o ‘Estado de polícia’ (tomando-se então o Estado como uma associação para a consecução do interesse público e devendo o príncipe, seu órgão ou primeiro funcionário, ter plena liberdade nos meios para o alcançar)” (*in Teoria do Estado e da Constituição*, op. cit., p. 43).

10 Por poder, entenda-se, neste estudo, como a capacidade de decidir e de implementar tais decisões, tudo isso em nome da coletividade.

Dentre as mais importantes características do Estado Liberal de Direito, ocorreu a positivação, nas primeiras constituições, da Separação dos Poderes e da enunciação de direitos individuais aos particulares, oponíveis ao Estado. Dos direitos individuais, pode-se identificar, dentre os que adquiriram maior expressão, o voto, a liberdade de pensamento e a defesa intransigente da propriedade nas mãos do particular.

Tais características sem dúvida consistiram em enorme avanço institucional, hoje praticamente prevista em todas as constituições do Ocidente, e esteio do pensamento político liberal. Inclusive, roborando com este ponto de vista, confira-se o que foi escrito à época (e até hoje em vigor) quando, em agosto de 1789, foi publicada a *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em seus artigos II e XVI.¹¹

Inicia-se, a partir desta época e até hoje mantido com a noção de Estado de Direito, o denominado constitucionalismo. Como tal, entenda-se o fenômeno político surgido após as revoluções liberais burguesas com o Estado liberal de direito, segundo o qual as opções políticas fundamentais deste Estado deveriam estar previstas numa lei fundamental hierarquicamente superior as demais, as Constituições. As Constituições, portanto, doravante devem não somente estruturar o poder, mas também e principalmente limitar o poder, por meio de dois institutos, a separação dos poderes e a previsão dos direitos e garantias individuais.

Prestigiou-se o Poder Legislativo, pois dele originou-se o Poder Constituinte Originário, que tudo pode (ilimitado)¹² e que tem por objeto, justamente, a criação de uma Constituição que organizasse o Estado e o limitasse. Prestigiado ainda, porque tal função estatal seria àquela que editaria as leis, “as regras do jogo vigentes”. Isso tudo num período histórico em que ao Judiciário era tão somente reservado o papel de aplicação literal das leis previstas pelo Legislativo, e o Executivo teria um papel mínimo possível, quase que tão somente de velar pelas leis (especialmente pela proteção à propriedade privada dos meios de produção) e manutenção da ordem (*status quo*).

Disto tudo, já se pode fazer uma rápida síntese das características evidenciadas no Estado Liberal de Direito: a) enunciação dos direitos fundamentais de primeira geração (Dimensão), caracterizados estes por serem direitos que pregam um “não fazer” por parte do Estado, exigindo uma abstenção estatal. São os direitos civis e políticos (preservação à vida, a liberdade, a incolumidade física, inviolabilidade domiciliar); b) Primazia do Poder Legislativo (já explicado); c) Inexpressiva intervenção do Estado na economia e na sociedade; d) Princípio da Legalidade; e) Isonomia formal e não substancial; f) Garantia da Propriedade; g) elevação quase que a nível dogmático do princípio da autonomia da vontade, com mínima ou nenhuma intervenção estatal (*pacta sunt servanda!*). Disto se teve a imposição de trabalho pela iniciativa privada sem o menor respeito à condição humana dos trabalhadores.

11 Art. II. O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”. “Art. XVI. Toda sociedade que não assegura a garantia dos direitos nem a separação de poderes não possui constituição”.

12 A característica de ser o Poder Constituinte Originário ilimitado deve ser tomado sob uma acepção estritamente didática. Evidentemente, há limites – sociológicos, econômicos, históricos e até mesmo físicos - ao poder normativo e, por isso não se deve normatizar o impossível. Nas palavras de Luís Roberto Barroso: “... é de reconhecer que o Direito tem limites que lhe são próprios e que por isso não pode, ou melhor, não deve normatizar o inalcançável. O difícil equilíbrio entre o fatalismo e o idealismo jurídicos tem-se rompido no Brasil, em favor da crença desenganada de que no receituário legislativo existem remédios para todos os males. Aí começa a inflação jurídica, da Constituição às portarias, criando uma dualidade irremovível entre o Direito e a realidade” (in *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 4ª. Ed., Ed. Renovar, 2000, RJ, p. 49).

O mais importante deste período foi a positivação dos Direitos Fundamentais de 1ª Dimensão, preceituados nas primeiras Cartas de Direitos, a saber: *Bill of Rights* (1689), Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776) e Declaração Universal dos Direitos do Homem (agosto de 1789).¹³ E todos eles com um ponto identificador comum: a tentativa de privilegiar o princípio liberdade (visto como um direito natural) em detrimento do Estado. Daí porque o princípio da legalidade, inicialmente, foi tomado nesta acepção, segundo a qual todos seriam livres a praticar qualquer ato, desde que não houvesse proibição prevista na lei.

Destas características (colocadas a título exemplificativo) houve algumas consequências: a) na economia, tal intervenção mínima do Estado permitiu uma verdadeira revolução nas relações comerciais, financiando o que se chamou, menos de um século após a Revolução Gloriosa (1688), a Revolução Industrial (a partir de 1750); b) porém, tal intervenção mínima, acabou por ser contraproducente, na medida em que o desprezo do Estado pelos menos favorecidos, acabou criando um enorme distanciamento entre Estado e Sociedade. E tal fosso fez surgir uma série de sublevações populares por toda a Europa¹⁴; c) tais situações acabaram por gerar descrédito para com a solução constitucional adotada pelos burgueses, fazendo surgir “hipóteses alternativas” para os problemas constitucionais, a saber: o surgimento, de doutrinas socialistas, comunistas e anarquistas, num primeiro momento de forma utópica e romântica, para logo depois adquirir critérios mais científicos (socialismo científico).

Assim, o auge do Estado Liberal e do Liberalismo econômico e político, coincidiram em propiciar os germes de sua derrocada. Isso é bem resumido por Pablo Lucas Verdú (2004, p. 118):

Consolidado, finalmente, o Estado Constitucional liberal, a burguesia satisfeita começou a evitar o discurso e a argumentação iusnaturalistas. Abraçou o positivismo jurídico ante o temor de que a força do iusnaturalismo revolucionário fosse utilizado contra ela pelos estratos socioeconômicos inferiores. A aparição do anarquismo, do socialismo e logo do comunismo aterrorizou a classe burguesa, que viu como o edifício constitucional, tão primorosamente construído, apoiado nas especulações lógico-jurídicas, era debilitado. Então, passou a sentir-se como *burguesia ameaçada*. As normas jurídicas organizadoras da liberdade, identificada esta com a propriedade privada, não podiam interpretar-se nem aplicar-se prejudicando os direitos individuais de uma classe confortavelmente instalada no poder e na sociedade. As reclamações incessantes do sufrágio universal, do direito de coalizão obreira, do direito de greve, das limitações da propriedade etc., foram rechaçadas em um primeiro instante.

E assim conclui o catedrático das Universidades de Madri e Bolonha:

A progressiva extensão da democratização (Tocqueville) modulou o liberalismo (democracia liberal), mas o advento da sociedade de massas, a excitação do nacionalismo, a crise econômica, o desemprego generalizado e o extremismo aplicado à luta política aumentaram a consciência ameaçada da burguesia. Tanto foi assim que, conforme sabemos, nos anos vinte e trinta ela preferiu fugir da liberdade (Fromm), entregando-se ao fascismo na Itália (1922), em Portugal (1926), na Alemanha (1933) e na Espanha (1936). Preferiu sacrificar as liberdades políticas conquanto que conservasse o sagrado direito de propriedade (sic).(VERDÚ, 2004, p.118)

13 Na verdade foi a Magna Carta do Rei João Sem Terra, lavrada em 1215, o primeiro documento escrito de limite ao poder, como contenção ao arbítrio do monarca. A observar contudo, que tal documento foi uma lei feita *pelos nobres e para os nobres*. Isto porque consistiu que todo o aumento de tributos que onerasse a vida dos barões (para os nobres), deveria ser primeiramente a eles comunicada...

14 Apenas a título de exemplo, temos as revoltas ludistas, que tencionavam quebrar as máquinas quando da revolução industrial, pretensas culpadas pelo “exterminio” de empregos, além da comuna de Paris, na primeira metade do séc. XIX.

Sem dúvida críticas acerbas. Mas as consequências positivas que o Estado Liberal de Direito propiciou, e que permanecem até hoje, são muito mais expressivas de avanços. Quem responde a tais críticas é Jorge Miranda (2002, p. 48-49):

Como quer que se entendam tais críticas, decisivas devem ter-se, apesar de tudo, algumas das aquisições trazidas pelo liberalismo, quer directa e imediatamente, quer indirecta ou mediamente. Directamente: a abolição da escravatura, a transformação do Direito e do processo penais, a progressiva supressão de privilégios de nascimento, a liberdade de imprensa. Indirectamente: a prescrição de princípios que, ainda quando não postos logo em prática, viriam, pela sua própria lógica, numa espécie de autorregência do Direito, a servir a todas as classes, e não apenas à classe burguesa que começara por os defender em proveito próprio (assim, a partir da liberdade de associação a conquista da liberdade sindical e a partir do princípio da soberania do povo a do sufrágio universal).

Mais ainda: independentemente das fundamentações (discutíveis ou não) dos movimentos políticos dos séculos XVII e XIX, foram as Constituições que deles saíram e os regimes que depois se objectivaram que, pela primeira vez na história, introduziram a “liberdade política”, simultaneamente como liberdade-autonomia e liberdade-participação, a acrescer à “liberdade civil”.

O fato é que o Estado Liberal de Direito sucumbiu no início do século XX. Não só pelos motivos já aduzidos, mas especialmente por seu desprezo às denominadas “Questões Sociais”, olvidando a própria sociedade. E isto criou o cadinho de descrença para com o Liberalismo e seus valores, fornecendo as bases para a criação do “Estado Social de Direito”.

3. O ESTADO SOCIAL DE DIREITO. ÁPICE DO EXECUTIVO

Os próprios dirigentes do poder (leia-se, mais especialmente, a burguesia) quando do Estado Liberal de Direito, ao terem percebido a série de revoltas e ideais revolucionários, num crescente de ódio e radicalização contra o regime, retrocederam e aceitaram repensar a estrutura constitucional do Estado.

Em outras palavras: a burguesia, verificando que a omissão do Estado estava propiciando a discussão de alternativas socialistas (onde se retiraria a propriedade nas mãos da iniciativa privada e colocando-a, via de regra, nas mãos quase que exclusivamente, do Estado), passou a revisar seus princípios constitucionais, aceitando teses nas quais o Estado passasse a ser mais intervencionista.

O Estado liberal, como visto, fracassou. E o que surgiu em seu lugar conseguiu a proeza de permitir a ocorrência de fatos ainda mais nocivos à sociedade civil. O Estado Social de Direito, compreendido o período histórico das décadas de 30 até 1945 (final da Segunda Guerra), fez surgir regimes, tanto de direita quanto de esquerda, onde houve uma hipertrofia do Executivo, com concentração excessiva de poder e, conseqüentemente, de ditaduras.

Foi uma era que propiciou radicalismos, o auge do organicismo do Estado, e a Segunda Guerra Mundial. Em síntese, foi uma era da catástrofe, como bem sintetiza o historiador Eric Hobsbawn (1997, p. 114-115):

Em resumo, o liberalismo fez uma retirada durante toda a Era da Catástrofe, movimento que se acelerou acentuadamente depois que Adolf Hitler se tornou chanceler da Alemanha em 1933. Tomando-se o mundo como um todo¹⁵, havia talvez 35 ou mais governos constitucionais e eleitos em 1920 (dependendo de onde situamos algumas repúblicas latino-americanas). Até 1938, havia talvez dezessete desses Estados, em 1944 talvez doze, de um total global de 65. A tendência mundial parecia clara.

15 Dado relevante no período entre as duas guerras mundiais havia apenas cerca de 65 Estados independentes, sendo “um fenômeno basicamente europeu e americano: um terço da população do mundo vivia sob domínio colonial” in Hobsbawn, Eric, *A Era dos Extremos*, Ed. Companhia das Letras, SP, 1997, p. 114.

E tais “opções constitucionais alternativas” (leia-se socialismo) forçaram uma releitura do Estado e seus objetivos, a serem positivados nas constituições, pelos dirigentes do poder à época. Assim, no início do séc. XX, tendo como marco as constituições mexicana (1917) e alemã de Weimar (1919), começa o denominado Estado Social de Direito. A perceber que neste Estado o “social” é seu próprio epíteto, vale dizer, corresponde ao próprio princípio político fundamental (meta primordial) a ser sempre alcançado por esta espécie de Estado de direito. No Brasil o Estado Social se inicia com a Constituição de 1934, que passou a prever um rol de direitos sociais em seu texto.

O principal legado do Estado social foi o advento dos direitos sociais e, conseqüentemente, das normas constitucionais programáticas. Antes de explicá-los porém, faz-se mister esclarecer uma confusão comum, qual seja, entre a terminologia Estado social e socialista. Na acepção de Paulo Bonavides (b,1993, p. 45):

Esse contraste que assim estabelecemos nos permite escapar ao erro usual de muitos que confundem o Estado social com o Estado socialista, ou com uma socialização necessariamente esquerdista, da qual venha a ser o prenúncio, o momento preparatório, a transição iminente. Nada disso.

O Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardinal a que não renuncia.

O Estado social não foi apenas um período histórico (para alguns, como o historiador Eric Hobsbawm a chamou de “Era da Catástrofe”, de 1914 até 1945; para outros, como a maioria dos doutrinadores de Constitucional, seus símbolos iniciais foram as Constituições mexicana, de 1917 e de Weimar, de 1919), mas uma própria “refundação” do Estado, em suas bases econômicas e sociais. De início, o que antes era visto como caso de polícia (a reivindicação das “questões sociais”, no século XIX e início do século XX), após passou a ser objetivos do próprio – e de qualquer – Estado, fosse este socialista ou capitalista.

Por “Social” entenda-se principalmente a previsão dos Direitos fundamentais de Segunda Dimensão, os direitos sociais. Tais direitos, diferentes da geração anterior, exigiam um “fazer”, vale dizer, uma prestação positiva do Estado. São principalmente os direitos à moradia, à saúde, à seguridade social (previdência e assistência sociais), ao lazer, à garantia da isonomia material (substancial) e, especialmente, à regulação das relações jurídicas entre o capital e o trabalho.

Na Constituição do Brasil de 1988, encontram-se previstos nos artigos: 6º (rol dos direitos sociais); 7º (regulação da relação jurídica capital *versus* trabalho); 8º ao 11 (direitos relativos à liberdade sindical); 193 e seguintes (Título VIII – Da Ordem Social), especialmente em seu artigo 194, onde se colocou a Seguridade Social como gênero, na qual deverão ser espécies a Saúde, Previdência e Assistência Social.

Ora, é trivial compreender que o “fazer” (a implementação dos direitos sociais, direitos de cunho nitidamente prestacionais) é bem mais difícil que o “não fazer” (direitos civis e políticos, de 1ª Dimensão, de cunho abstencionista). Mais: o respeito aos direitos de 1ª Geração, a exigirem abstenções por parte do Estado, para serem cumpridos, reclamam, tão somente, respeito ao princípio da legalidade. Diferente se passa com os direitos sociais. O “fazer” do Estado exigiu que este se equipasse e, como é

sabido, tais direitos preveem obras (v.g. a construção de hospitais, escolas, saneamento básico, criação de fundos de previdência), atos políticos decisórios de função tipicamente administrativa. E, como visto, a função típica de administrar pertence ao Poder Executivo.

Isto levou a um aumento de atribuições (na prática leia-se poder) do Executivo. Pior: aumento de poder sem a preocupação de sua necessária limitação. A consequência, como não poderia deixar de ser, não podia ser mais nefasta: o arbítrio, o nascimento das ditaduras mais sanguinárias que a humanidade já conheceu, tudo isso com a “nobre intenção” de implementar tais direitos sociais!¹⁶

Assim, paradoxalmente, como já se falou que os liberais foram perversos, por seu desprezo às classes hipossuficientes e pelas “questões sociais” (vistas como caso de polícia, e não de política), pode-se afirmar que muitos Estados e regimes, sob o pálio do Estado Social de Direito, foram demoníacos: sob a justificativa de atenderem às classes mais pobres e intervir diretamente na economia (e, conseqüentemente, fornecendo mais poder decisório ao Executivo), tais regimes perseguiram todos àqueles que pensavam diferente, desprezaram a dignidade humana, em uma literal política de extermínio de pessoas (relembrando: o aqui relatado não foi apanágio da esquerda ou da direita, e sim do próprio Estado Social de Direito).

Na teoria geral do Direito, chegou-se ao apogeu da *Dogmática Jurídica*, num nível tal que alcançou o paroxismo. Como tal, o direito não poderia ser valorado, e o Direito Constitucional seria a forma estruturada pelo Estado para garantir a segurança nas relações jurídicas, onde o sistema teria que ser: a) completo e autossuficiente; b) o caráter “científico” dado ao Direito teria que ser “puro”, destituído de quaisquer outras “ciências” ou “valores”; c) a lei seria assim então sempre “racional” e, portanto; d) o intérprete teria que ser “neutro” e “objetivo”, isto é, buscar a “única” resposta possível na norma.

Os direitos sociais foram então previstos nas constituições. Não somente foram declarados, mas também, exatamente por sua natureza de exigirem do Estado determinadas prestações materiais (e, portanto, enquadrarem-se numa nova “geração” de direitos fundamentais), exigiram que estivessem previstas nas constituições uma nova espécie de normas constitucionais, que prescrevessem metas mínimas a serem alcançadas pelo Estado, “promessas” prescritivas a serem obrigatoriamente cumpridas. Está se falando aqui das normas constitucionais programáticas.

As normas programáticas constituem o liame, a ligação, entre a previsão dos direitos sociais na Constituição e como, de forma mínima eles devem ser implementados. São assim pautas mínimas de conduta dirigidas ao Estado em todos os seus “poderes”, “inclusive ao Judiciário”, sendo dessarte também normas de índole processual-constitucional.

16 Este período histórico açambarcou parte significativa dos países, do início do séc. XX até a Segunda Guerra: irônico constatar que o surgimento de tais regimes totalitários foram, todos, justificados com o fim de se alcançarem tais direitos sociais. Inclusive, o epíteto “social” ou “popular” fez parte de inúmeros regimes, partidos ou mesmo de países, não se levando em conta se estes eram comunistas ou facistas, ou, grosso modo, de direita ou esquerda (e.g., o partido nazista tinha seu nome como Partido do Nacional **Socialismo**; ainda o caso da URSS – União das Repúblicas **Socialistas** Soviéticas; República **Popular** da China, etc.).

O fato histórico mais importante de tais políticas intervencionistas, muitas delas de caráter expressamente belicoso, foi à eclosão da Segunda Guerra Mundial, na qual, com a vitória dos aliados, redundou no total colapso do “Estado Social de Direito”, fazendo-se criar no Ocidente o “Estado Democrático de Direito”.

E a Segunda Guerra foi propiciada, não somente mas principalmente, pela concepção política organicista¹⁷ do Estado que, em sua radicalização, leva inevitavelmente a Estados totalitários. E a história no século XX os conheceu em suas piores versões. Numa interpretação do período, a narrativa do historiador Eric Hobsbawn (1997, p. 43):

... E isso levou ao poder, na Alemanha e no Japão, as forças políticas do militarismo e da extrema direita, empenhadas num rompimento deliberado com o *status quo* mais pelo confronto, se necessário militar, do que pela mudança negociada aos poucos. Daí em diante, uma nova guerra mundial era não apenas previsível, mas rotineiramente prevista. Os que atingiram a idade adulta na década de 1930 a esperavam.

As origens da Segunda Guerra Mundial produziram uma literatura histórica incomparavelmente menor sobre suas causas do que as da Primeira Guerra, e por um motivo óbvio. Com as mais raras exceções, nenhum historiador sério jamais duvidou de que a Alemanha, Japão e (mais hesitante) a Itália foram os agressores. Os Estados arrastados à guerra contra os três, capitalistas ou socialistas, não queriam o conflito, e a maioria fez o que pôde para evitá-lo. Em termos mais simples, a pergunta sobre quem ou o que causou a Segunda Guerra Mundial pode ser respondida em duas palavras: Adolf Hitler.

É consensual que o nazismo e o fascismo foram as formas mais abomináveis do Estado Social de Direito. Tão radical que inclusive era belicista, defendendo a ideia de que o Estado tinha que ampliar-se territorialmente, no que redundou na Segunda Guerra. Isto foi inclusive antevisto, ainda em 1936, por um historiador marxista, Leo Huberman, que à época escreveu uma obra que depois se tornou clássica, *A História da Riqueza do Homem*.

E que fique claro: o Estado social de Direito não foi exclusivo de países capitalistas, os socialistas também o adotaram. O “Social”, na verdade, era o objetivo de ambos os regimes econômicos, ambos defendendo ser as mais eficazes formas – constitucional e econômica – de se alcançarem os direitos sociais. E esta é a conclusão de Paulo Bonavides (b, 1993, p. 181):

Ora, evidencia tudo isso que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo. E até mesmo, sob certo aspecto, fora da ordem capitalista, com o bolchevismo!

17 A concepção “orgânica ou organicista e a mecanicista” da sociedade e, por consequência, do Estado, são elementos fundamentais para a compreensão do próprio Estado. São variáveis as colocações, mas algumas são consensuais: o “organicismo” entende que a sociedade é um “elemento novo”, diferente dos indivíduos que a compõem, “como se fosse um organismo vivo, composto de várias partes, cada uma desempenhando funções distintas, de modo a manter a vida do todo”. O desenvolvimento de tal concepção leva a um princípio fundamental do Direito Constitucional, o princípio da supremacia do interesse coletivo sobre o do particular. Mas a radicalização desta concepção engendra Estados totalitários. O mecanicismo, por sua vez, entende que a sociedade é um conceito meramente atomístico, quantitativo. Portanto cada pessoa individualmente considerada é diferente das demais. Gerou também outro princípio constitucional: o respeito aos “direitos individuais”. Sua radicalização também é nefasta, pois leva ao individualismo exacerbado. Podemos dizer, com tudo isso que o Estado Liberal de Direito conviveu com o apogeu do mecanicismo, ao passo que o Social viu o organicismo de suas piores formas. Finalmente, a ideia hoje é de uma tentativa de convergência das duas concepções: se é verdade que há o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (orgânica), tal princípio não é absoluto, e tem como limite o respeito aos direitos fundamentais (mecânico). Para uma melhor compreensão de tais concepções: Del Vecchio, Giorgio, *Lições de Filosofia do Direito*; Ed. Armênio Amado, Coimbra, 5ª. ed., 1979, pp. 463-468; Bobbio, Norberto, *Liberalismo e Democracia*, Ed. Brasiliense, SP, 6ª. ed., 2005, pp. 45-48; Bonavides, Paulo, *Ciência Política*, Ed. Malheiros, SP, 10ª. ed., 2001, pp. 55-58.

4. ATUAL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. FASTÍGIO DO PODER JUDICIÁRIO

Após a Segunda Guerra e a descoberta dos horrores do Holocausto, principalmente com os julgamentos do Tribunal de Nuremberg, os dirigentes políticos repensaram e acabaram por reformular “radicalmente”¹⁸ os princípios estruturantes do Direito Constitucional vigente. Houve uma nítida preocupação em evitar as barbaridades perpetradas, e as alternativas pensadas passavam sempre por meios de limitação do poder, mais acesso às informações, mecanismos eficazes de proteção às regras fundamentais e meios que exigissem a alternância do poder, para que se evitasse o surgimento de novos déspotas.

Durante e imediatamente após a Segunda Guerra Mundial, a ordem política constitucional foi construída no Ocidente em torno de instituições econômicas, políticas e de segurança. Na esfera econômica, os acordos de Bretton Woods foram os primeiros permanentes *deals* internacionais de cooperação entre países. Foram propostas regras e instituições para assegurar uma economia mundial estável e expansionista, além da previsão de uma construção de direitos fundamentais baseadas em novas constituições, onde fosse assegurada a coexistência com o princípio democrático. Além disso, os governos ocidentais criaram uma série de arenas políticas transnacionais organizados por função. Os anos pós-guerra estavam cheios de disputas econômicas, mas elas foram em grande parte contidas dentro dessas arenas.

Foi criada a Organização das Nações Unidas, que combinou políticas, aspirações econômicas e de segurança. Com a intenção de evitar as falhas da Liga das Nações, os arquitetos da nova entidade internacional redigiram uma carta ao abrigo do qual as grandes potências que mantêm a sua liberdade de ação.

Como visto, as quatro primeiras décadas do século XX foram emblemáticas para o Direito Constitucional. Na estruturação constitucional do Estado, pensou-se em praticamente tudo, colocando-se tais alterações nos textos das constituições. Foi uma fase marcada por extremismos, ideologias político-econômicas antagônicas, revoluções e golpes de estado¹⁹. Jorge Miranda assim sintetiza o período pós-guerra:

- “II – São quatro as linhas de força dominantes, na sequência imediata das duas guerras mundiais:
 - As transformações do Estado num sentido democrático, intervencionista, social, bem contraposto ao *laissez faire* liberal;
 - O aparecimento e, depois, o desaparecimento de regimes autoritários e totalitários de diversas inspirações;
 - A emancipação dos povos coloniais, com a distribuição agora de toda a Humanidade por Estados – por Estados moldados pelo tipo europeu, embora com sistemas políticos-constitucionais bem diferentes;
 - A organização da comunidade internacional e a proteção internacional dos direitos do homem”.
- (MIRANDA, 2002, p. 49-50)

18 A partir da década de 1950 o Direito Constitucional acabou por influir no pensamento – e na doutrina – da Teoria Geral do Direito, principalmente no que diz respeito à reformulação da Teoria da Norma Jurídica, onde doravante esta passou a ser tomada como gênero dos quais seriam espécies os princípios e as regras.

19 Forte em tal ponto de vista, Hobsbawn, Eric, *A era dos Extremos...* op. cit. Ainda: Jorge Miranda: “...o século XX é, muito mais que o século anterior, a era das ideologias e das revoluções. Desembocam nele todas as grandes correntes filosóficas e acelera-se o ritmo dos eventos políticos” (*Teoria do Estado e da Constituição*, op. cit., p. 49).

Fundado o Estado Democrático de Direito, onde o democrático aí qualifica o próprio Estado, antes do próprio direito. Em síntese, o Estado Democrático caracterizou-se pelas seguintes previsões nas constituições: a) Alternância necessária do poder, com participação necessária do povo que elege seus representantes (própria essência do princípio democrático); b) Liberdade de manifestação do pensamento; c) Acesso à informação real; d) Meios de comunicação nas mãos da iniciativa privada; e) Liberdade de reunião, associação e crença; f) Pluralismo político; g) Possibilidade de qualquer cidadão ingressar, sair ou criar um partido político.

Além disso, o Estado Democrático de Direito também tem as seguintes características: a) Criação dos direitos fundamentais de terceira (e mais recentemente, de quarta e quinta) dimensões; b) consagração do princípio da supremacia constitucional²⁰; c) como corolário, há um prestígio maior a ser dado ao Poder Judiciário: quem aplica as leis deve aplicar, antes de tudo, a Constituição, fazendo com que o Judiciário passasse a ser (e continua sendo) o derradeiro bastião de respeito aos direitos fundamentais, levando com que na prática o Judiciário tornasse a ser, dentro do Estado, um limitador dos arbítrios do Estado; d) Reformulação radical da teoria da norma jurídica. Hoje, Norma Jurídica é “gênero” que tem como “espécies” os Princípios e as Regras; e) consagração e difusão de mecanismos de controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

Lenio Streck assim sintetiza seu entendimento sobre o Estado Democrático:

O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica. E mais, a ideia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.

Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito – vinculado ao *welfare state* neocapitalista – impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo do utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático é *plus* normativo em relação às formulações anteriores.

Vê-se que a novidade que apresenta o Estado Democrático de Direito é muito mais em um sentido teleológico de sua normatividade do que nos instrumentos utilizados ou mesmo na maioria de seus conteúdos, os quais vêm sendo construídos de alguma data. (STRECK, 2000, p. 93)

Com efeito. Como se pode perceber, as principais características do Estado Democrático de Direito não são ideias novas nem originais. O diferencial consiste justamente numa tentativa de operacionalização, ou seja, de tornar efetivos os preceitos que antes, se eram vistos como importantes no campo filosófico, não se tinha qualquer preocupação com sua realização prática.

Mas, dentre as novidades surgidas neste Estado de Direito encontra-se o surgimento de uma nova geração (*rectius*: dimensão) de direitos fundamentais, os direitos coletivos e difusos.

20 O princípio da supremacia da Constituição existe desde as revoluções liberais, inclusive tendo sido lembrado expressamente no caso *Marbury X Madison*. O diferencial é que este princípio era, como dito, apenas uma previsão, na prática sendo muitas vezes completamente desrespeitado. Por isto o termo propositadamente colocado (“consagração”).

Aqui uma digressão é necessária: o século XX, como é sabido, vivenciou modificações nas relações humanas radicais: urbanização acelerada, com todas as consequências – boas e ruins – daí advindas, tais como a multiplicação das relações de consumo, degradação do meio-ambiente; deterioração do patrimônio público, histórico e paisagístico; conflitos coletivos entre empregados e patrões, via sindicatos etc. Estes os motivos principais, mas colocados a título exemplificativo.

Daí a necessidade de judicializá-los, isto é, de prever mecanismos de proteção pelo Estado no rol de direitos fundamentais, via constituições, foi um passo. E tais direitos difusos, que na verdade não deixam de tutelar processualmente muitos dos direitos sociais e normas programáticas previstas nas constituições, apesar de serem os mais diversos (direito a paz social, segurança, meio ambiente equilibrado, educação etc.), possuem características comuns: 1) impossibilidade de determinação de seus titulares; 2) por consequência, são os “fatos” o fator principal de sua proteção e não os sujeitos; 3) a indivisibilidade do objeto (“a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade”²¹); 4) intenso grau de litigiosidade; 5) transição ou mutação no tempo e no espaço.²²

E, por isso, passou-se a dar importância cada vez maior “ao processo como mecanismo de construção de tais ideais, como meio de transformação da realidade que nos cerca”. E para isso ainda, o papel do Judiciário e de seus atores provocadores – o Ministério Público, os grupos de pressão, as entidades de classe, sindicatos e partidos políticos – passaram a ter uma importância paulatinamente aumentada. E é esta ambiência histórica que se vivencia no início do século XXI.

Houve um resgate e uma releitura dos seguintes termos, que, se já foram positivados – e mesmo discutidos – em outras épocas, agora passam, de atores coadjuvantes para principais: princípio democrático, doravante entendido como fator constitucional de alternância de poder com a participação necessária do povo; Judiciário como controlador de políticas públicas; constitucionalismo como “ideologia” fundamental: meio de equilíbrio entre as decisões do povo e os preceitos previstos na Constituição. E ressalte-se o princípio democrático: dentro de todos os princípios estruturantes de uma Constituição, este passa a ser seu núcleo essencial, a ideologia que obrigatoriamente deverá vincular o intérprete/aplicador, uma vez constatado que a neutralidade, antes defendida como o ideal “científico”, na verdade é impossível de ser alcançada.

Mais: a neutralidade e a objetividade, antes vistas como papéis a serem desempenhados pelos agentes públicos, especialmente pelo Judiciário, quando da aplicação da lei (tal ponto de vista colocado praticamente como dogma quando do Estado Liberal) passaram a ser vistos como são: utopias que, muitas vezes, mais traveste hipocrisias e confunde do que esclarece. E tal noção da objetividade e da neutralidade foi por muitos anos sustentada com fervor, como legado dos ideais iluministas de culto dogmático à razão, levada às últimas consequências na fase positivista.

21 José Carlos Barbosa Moreira, *A legitimação para a defesa dos interesses coletivos e difusos no direito brasileiro*, Revista Forense, RF 276/1.

22 Nesta acepção e com mais detalhes, Rodolfo de Camargo Mancuso, *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*, 6ª. ed, Ed. RT, SP, 2004, pp. 93-110.

Não se quer afirmar que a razão não deva ser vista como um objetivo a ser alcançado. É que atualmente se constatou que o ser humano também não deixa de *valorar os fatos*, nem de interpretá-los de acordo com seus *preconceitos e emoções*. E esta é a fase que se encontra o Estado Democrático de Direito. Tal fase – pós-positivista – e forma de entender a neutralidade é também partilhada por Luís Roberto Barroso:

...Admita-se, assim, que a razão divida o palco da existência humana pelo menos com esses dois outros (f)atores: a ideologia e o inconsciente. O esforço para superar cada um deles, pela autocrítica e pelo autoconhecimento, não é vão, mas é limitado. Nem por isso a razão se torna menos importante.

(...)

As reflexões acima incidem diretamente sobre dois conceitos que integram o imaginário do conhecimento científico: a neutralidade e a objetividade. Ao menos no domínio das Ciências Humanas, e especialmente no campo do Direito, a realização plena de qualquer um deles é impossível. A neutralidade, entendida como um distanciamento absoluto da questão a ser apreciada, pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória, sem desejos. Uma ficção. O que é possível e desejável é produzir um intérprete consciente de suas circunstâncias: que tenha percepção da sua postura ideológica (autocrítica) e, na medida do possível, de suas neuroses e frustrações (autoconhecimento). (BARROSO, outros, 2003, p. 28-29)

Os termos-chave, então, passam a ser os seguintes: democracia, participação, processo (vez que o Judiciário começa a ter um papel preponderante); alternância de poder.

Quanto a esta fase – que se está vivenciando – assim se manifestou Barroso:

O Constitucionalismo [Estado Democrático de Direito] chega vitorioso ao início do milênio, consagrado pelas revoluções liberais e após haver disputado com inúmeras outras propostas alternativas de construção de uma sociedade justa e de um Estado Democrático. A razão de seu sucesso está em ter conseguido oferecer ou, ao menos, incluir no imaginário das pessoas: (i) legitimidade – soberania popular na formação da vontade nacional, por meio do poder constituinte; (ii) limitação do poder – repartição de competências, processos adequados de tomada de decisão, respeito aos direitos individuais, inclusive das minorias; (iii) valores – incorporação à Constituição material das conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da Humanidade. (BARROSO, outros, 2003, p. 30)

E que propostas de Estado seriam estas colocadas ao longo dos séculos XIX e XX, colocadas por Barroso? Assim ele responde:

O Constitucionalismo tem-se mostrado como a melhor opção de limitação do poder, respeito aos direitos e promoção do progresso. Nada parecido com o fim da história, porque valorizar e prestigiar a Constituição não suprime a questão política de definir o que vai dentro dela. Mas o fato é que as outras vias de institucionalização do poder praticada ao longo do tempo não se provaram mais atraentes. Vejam-se algumas outras propostas que tiveram relevância ao longo do século. O Marxismo-Leninismo colocava no centro do sistema não a Constituição, mas o Partido. O Militarismo Anticomunista gravitava em torno das Forças Armadas. O Fundamentalismo Islâmico tem como peça central o Corão. Nenhuma dessas propostas foi mais bem-sucedida”. (BARROSO, outros, 2003, p. 30)

Esta é a posição consensual da doutrina no início do século XXI.

5. CONCLUSÕES PARCIAIS: SOBRE A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Como visto, o Estado Democrático de Direito deve ser visto como uma síntese dos avanços institucionais dos dois “Estados” de Direito anteriores, além de outras características criadas no pós-guerra. Muitos direitos e previsões nas constituições que, se não foram originais, ao menos em tal fase se consagraram. E os direitos difusos e coletivos que aumentaram a importância do processo judicial como meio de efetivação das normas insculpidas na Constituição.

Com o apanhado histórico de uma perspectiva constitucional pode-se compreender melhor o atual papel do Judiciário e a influência dos direitos fundamentais de quarta dimensão sobre suas decisões. Antes, porém, é necessário que se contextualize tais espécies de direitos. E, além disso, deve-se entender melhor o principal elemento que está influenciando os modos de decisão não só dos dirigentes do poder, mas de toda sociedade. Está se falando aqui da democracia e de sua evolução, especialmente na última década do século XX e início do XXI, no que a doutrina está a chamar de “democracia participativa”.

O que irá se tentar comprovar é que os termos “democracia, participação, povo e processo” estão cada vez mais imbricados, e o Judiciário está exercendo, neste contexto – para o bem e para o mal – um papel fundamental. Para um melhor entendimento deste fenômeno, em plena realização, faz-se mister entender a democracia, os direitos fundamentais de 4ª dimensão e o novo papel do Judiciário, pelo exercício do controle de constitucionalidade. Ou nas palavras de Pablo Lucas Verdú (2004, p. 178):

O Estado Social e Democrático de Direito cobra sentido e se enche de conteúdo, assim, mediante o reconhecimento e concretização dos valores através de uma ação legislativa, administrativa e judicial que se harmonize com os sentimentos do Direito e do justo na sociedade.

Assim, a relação Estado/particular dependerá de seus objetivos constitucionais e sua solução, quando não realizada pelo Estado em si considerado, vale dizer, por meio das políticas públicas do Executivo ou obrigações de criação de leis pelo Legislativo (pela previsão, na Constituição, de normas de eficácia limitada) terá que ser realizada pelo Judiciário, por via do processo.

Acrescentando ao colocado, o pensamento do Professor da UFRGS, Denis L. Rosenfield (2003, p. 33):

O Estado democrático é, por assim dizer, um sistema político composto de múltiplas dimensões que se desenvolvem em diferentes níveis de profundidade. O seu ser é processual. Isso significa que a realidade produzida por um regime democrático constitui-se de várias formas de liberdades. A democracia engendra-se neste cruzamento de liberdades que, assim, a concretizam. Espaço pluridimensional, a democracia abre-se ao seu perpétuo deciframento de si, a novos intentos de escutar o sentido do que, nela, está nascendo. Se a noção de todo é importante para que possamos apreender o movimento de articulação destas dimensões que, na sua determinação recíproca, a produzem, devemos entendê-la na sua abertura originária, isto é, no seu movimento de expansão, produtor de novas liberdades e direitos.

Como se pode perceber de tudo isso, a democracia não deixa de ser uma série de procedimentos, mas que estabelecem, tão somente, como se deve chegar à decisão política e não “o que decidir”. E, do ponto de vista “do que decidir”, o conjunto de regras do procedimento democrático não estabelece nada, salvo a exclusão de decisões antidemocráticas.

É sabido atualmente que a Norma Jurídica foi repensada, atualmente sendo vista como gênero, dos quais são espécies as regras e os princípios. Tal contribuição magistral da doutrina foi colocada, na Europa, por Robert Alexy e Ricardo Guastini. Nos Estados Unidos da América, por Ronald Dworkin, em 1977, com sua obra mais conhecida, *Taking Rights Seriously*. De sua característica “normativa”, recolheram-se as distintas acepções do termo “princípio”, todas elas se referindo às normas jurídicas (ou a disposições normativas/legislativas que exprimem normas): 1) Os princípios (se referem a normas) possuem um alto grau de generalidade; 2) os princípios são providos de alto grau de indeterminação, requerendo concretização por via interpretativa (sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos); 3) Os princípios revestem-se – por vezes – de um caráter “programático”; 4) os princípios costumam ter elevada hierarquia na posição de fontes do Direito; 5) os princípios desempenham funções “fundamentais” em dado sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (e.g., Dir.Civil, do Trabalho, Tributário etc); 6) os princípios se dirigem aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou normas aplicáveis nos diversos casos.²³

Assim, a ambiência natural dos princípios é o texto das constituições. Além disso, como se sabe, todas as normas previstas na Constituição são igualmente normas jurídicas. Desta forma, como há vários princípios previstos na Constituição Federal de 1988 que têm uma natureza essencialmente política, e se todas as normas da Constituição são normas jurídicas, por conseguinte muitas normas constitucionais, como normas jurídicas que são, também são normas políticas.

6. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUARTA DIMENSÃO

Finalmente devem ser mencionados direitos fundamentais de quarta dimensão: democracia, informação e pluralismo. Como explicado por Paulo Bonavides, tais gerações de direitos implementarão a “concretização da sociedade aberta²⁴ do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade”. (BONAVIDESa, 2002 p. 525) Por suas palavras:

“A democracia positivada enquanto direito da quarta geração há de ser, de necessidade, uma democracia direta. Materialmente possível graças aos avanços da tecnologia da comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema. Desse modo, há de ser também uma democracia isenta já das contaminações da mídia manipuladora, já do hermetismo de exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder. Tudo isso, obviamente, se a informação e o pluralismo vingarem por igual como direitos paralelos e coadjuvantes da democracia; esta, porém, enquanto direito do gênero humano, projetado e concretizado no último grau de sua evolução conceitual”. (BONAVIDESa, 2002, p. 525)

Uma leitura apriorística destes três direitos mencionados poderiam levar à falsa compreensão que a democracia, o direito à informação e o próprio pluralismo não seriam conceitos novos, tendo sido na verdade já aventados nas democracias ateniense, e mesmo nas ideias básicas do constitucionalismo após as revoluções burguesas.

23 Cf. Ricardo Guastini, *Dalle Fonti alle Norme*, Turim, 1990, p. 112; *apud* Bonavides, *ob.cit.*, pp. 230/231.

24 A expressão “sociedade aberta” foi inicialmente cunhada pelo filósofo francês Henri Bergson, em 1932, e se “popularizou” em 1945, com a publicação da obra *A Sociedade Aberta e seus Inimigos (The Open Society and its enemies)*, com atualizações em 1957 e 1973 (Ed. Routledge & Kegan Paul, Londres). No Brasil publicada em 1974 (2 volumes, São Paulo, EDUSP). Mais recentemente, pela Editora Itatiaia (MG, 2 vols., 1998). No âmbito do Direito Constitucional, a expressão ganhou mais notoriedade a partir de 1975, com a publicação da obra *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*, de autoria de Peter Häberle (Ed. Sergio Antonio Fabris, RS, 1997, 55 p.).

A premissa anteriormente apontada é falsa. O que se quer indicar aqui não são tais ideias, em verdade antigas. Na verdade o que se quer ressaltar é uma nova leitura destes direitos, caracterizando-os de maneira completamente diferente. Em outras palavras: estes três direitos de quarta dimensão devem ser vistos necessariamente imbricados, devendo-se entendê-los de forma separada apenas no aspecto didático, mas eles se apresentam como um “processo” único e não como fenômenos diferentes.

E na forma de um “processo único”. Diz-se processo posto que, havendo tal alternância necessária de poder, com a participação necessária do povo (essência do princípio democrático), na medida em que o povo participa do processo decisório, ele passa a exigir com isso, mais informação, e ressalte-se, informação real (CF, art. 5º, XIV) e não a do interesse dos governantes, e mais do que isso, pluralidade nas manifestações, de opiniões, e de formas diferentes de pensar (e repensar) o poder, caracterizando-se assim o pluralismo.

Significa dizer o seguinte: na medida em que o povo se informa mais (já que na sociedade aberta atual, com os meios de comunicação facilitados e mais baratos, haja vista que a televisão, rádio e mesmo a Internet são acessíveis a parcelas cada vez mais significativas), tende este a participar mais (direito à informação real); com tais informações o povo cria suas próprias opiniões sobre o governo e sobre si próprios. Desta forma, a tendência política (*rectius*: sociológica) que transparece é que cada vez mais parcelas do povo se unem nos grupos que mais se identificam, ou mesmo não se reunindo, se assim quiserem (direito ao pluralismo). Desta forma, o povo, com o tempo (ou parcelas cada vez mais significativas deste), tende a se tornar mais reivindicativo e, conseqüentemente, mais participativo.²⁵

7. CONCLUSÕES

DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1. O primeiro dos “Estados de Direito” foi o Liberal, produto das revoluções burguesas (gloriosa, de independência norte-americana e francesa), revoluções estas que tiveram por objetivo principalmente limitar o poder absoluto, então nas mãos do monarca.
2. A mais importante das características do Estado Liberal de Direito consiste na positivação, nas primeiras constituições, da Separação dos Poderes e da enunciação de direitos individuais aos particulares, civis e políticos, oponíveis ao Estado.
3. No Estado Liberal de Direito passou a ser considerado o princípio máximo de limitação do poder o da legalidade. Conseqüentemente, a função estatal mais privilegiada neste período foi o Legislativo.
4. Com as constituições mexicana (1917) e alemã de Weimar (1919), começa o denominado Estado Social de Direito. Neste Estado o “social” é seu próprio epíteto, vale dizer, corresponde ao próprio princípio político fundamental (meta primordial) a ser sempre alcançada por esta espécie de Estado de direito. No Brasil o Estado Social se inicia com a Constituição de 1934, que passou a prever um rol de direitos sociais em seu texto.
5. O principal legado do Estado social foi o advento dos direitos sociais e, conseqüentemente, das normas constitucionais programáticas. Os direitos sociais ou de segunda “geração”, diferentes da geração anterior, exigiam um “fazer”, vale dizer, uma prestação do Estado. E, exatamente por essa sua característica de necessitar de implementação das metas sociais, este foi o período de apogeu do Executivo.

25 Eis a explicação fundamental da teoria da *Democracia participativa* do Professor Paulo Bonavides, que a defende, de forma pioneira no Brasil, em inúmeras obras suas.

6. As normas programáticas constituem a ligação entre os direitos sociais na Constituição e como, de forma mínima, eles devem ser implementados. São pautas mínimas dirigidas ao Estado em todos os seus “poderes”, “inclusive” ao Judiciário, sendo dessarte também normas de índole processual-constitucional.
7. As normas programáticas são normas políticas e jurídicas, nas quais seu “caráter de politicidade não nega e nem exclui sua juridicidade”.
8. O Estado Democrático de Direito surgiu após a Segunda Guerra e tem como principais características:
 - a) Criação dos direitos fundamentais de terceira (e mais recentemente, de quarta) dimensões;
 - b) consagração do princípio da supremacia constitucional;
 - c) prestígio maior a ser dado ao Poder Judiciário: quem aplica as leis deve aplicar, antes de tudo, a Constituição;
 - d) Reformulação da teoria da norma jurídica, que passa a ter como “espécies” os Princípios e as Regras.
9. As principais características do Estado Democrático de Direito não são ideias novas nem originais. O diferencial consiste justamente numa tentativa de operacionalização, de tornar efetivos os preceitos que antes, se eram previstos, não se tinha qualquer preocupação quanto à sua realização prática. Mas, dentre as novidades surgidas neste Estado de Direito encontra-se o surgimento de uma nova geração (*rectius*: dimensão) de direitos fundamentais, os coletivos e difusos.
10. Os termos “democracia, participação, povo e processo” estão cada vez mais imbricados, e o Judiciário está exercendo, neste contexto – para o bem e para o mal – um papel fundamental, principalmente mediante o exercício do controle de constitucionalidade.
11. A democracia é a alternância necessária do Poder, com a participação necessária do Povo, que realiza suas escolhas – de seus representantes (democracia indireta) ou das políticas públicas (democracia direta) – por meio do sufrágio, além de interagir e influenciar nas decisões dos dirigentes do Poder.
12. A implementação da democracia é principalmente uma questão de grau, havendo, por isso, Estados com um maior ou menor grau de profundidade democrática.
13. Do ponto de vista processual a democracia participativa deve propiciar ao maior número de pessoas possíveis a participação em ações judiciais, seja por meio de processos coletivos, seja na participação nas ações de controle abstrato de constitucionalidade.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luís Roberto. In *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas – limites e possibilidades da Constituição brasileira*, 4ª Ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. In *Dicionário de Política*, 5ª Ed., Ed. UnB, vol. 2, 2000.
- BOBBIO, Norberto. In *Teoria Geral da Política: a Filosofia Política e as lições dos clássicos; organizado por Michelangelo Bovero*. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 5ª Ed., Minas Gerais: Ed. Del Rey, MG, 1993.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*, 12ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.
- _____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 1ª Ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2001.
- DWORKIN, Ronald. In *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. In *Direito e Democracia – entre facticidade e validade*, vol. I, 2ª Ed., Ed. Tempo Brasileiro, 2003, RJ, p. 305, grifo nosso.
- HAMILTON, Alexander *et al.* *O Federalista*. Minas Gerais: Ed. Líder, 2003.
- HOBSBAWN, Eric. *A Era dos Extremos – o breve século XX:1914-1991*. Ed. Companhia das Letras, SP, 1997, pp. 114-115.
- HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. 21ª ed., Ed. Guanabara, RJ, 1986, p. 270.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2003.
- _____. *Democracia*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2000.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Livraria Francisco Alves.
- LIMA, Martonio Mont’Alverne. (In *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Ed. Lumen Juris, RJ, 2003, p. 238.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2002.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969*, tomo III/644, 3ª ed., 1987, Ed. Forense, p. 343.
- MÜLLER, Friedrich. In: *Quem é o Povo? A questão fundamental da democracia*. 3ª Ed., Ed. Max Limonad, 2003.
- ROCHA, José de Albuquerque. in *Estudos Sobre o Poder Judiciário*. p. 133, 1995.
- Lessa, Pedro In *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ed. Bookseller, 1ª Ed., 2000.
- ROSENFELD, Denis L., In *O que é democracia*. São Paulo: Ed. Brasiliense, SP, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Ed. Livraria do Advogado, 2ª Ed, RS, 2000, pp. 86/87.
- VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: aproximação ao Estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1ª Ed, 2004.

A CIDADANIA EM QUESTÃO – ENTRE A BENEVOLÊNCIA E A PRECAUÇÃO – ARISTÓTELES E HOBBS

ALEXANDRE CARNEIRO DE SOUZA¹
MARDÔNIO E SILVA GUEDES²
FERNANDA DENARDIN GONÇALVES³

RESUMO:

O presente artigo coloca em discussão o debatidíssimo tema da cidadania sob os olhares de Aristóteles e Hobbes; percepções distintas e de forte aplicabilidade contemporânea. Em Aristóteles, a cidadania é produto da benevolência social; ao passo que em Hobbes a cidadania se constrói com base na precaução. Segundo a proposta do presente artigo, um contexto urbano dominado pela violência reclama adoção de posturas distintas das que se poderiam adotar num ambiente pacífico; de modo que em situações onde as pessoas sofram a ameaça de outras é razoável pensar mais no cidadão precavido de Hobbes e menos no cidadão benevolente de Aristóteles. No entanto, o estado de pavor não combina com os fins que levaram à fundação da cidade; de outra forma, seria ingênuo pensar que uma vez instituída a cidade estaria a salvo da degenerescência. Assim sendo, a construção de cidadania hodierna deveria se sustentar em ambos os pilares da benevolência e da precaução.

PALAVRAS-CHAVE:

Cidadania. Cidade. Benevolência. Precaução.

ABSTRACT:

This article aims to discuss the citizenship under Aristotle's and Hobbes's view, both with several applications in nowadays society. In Aristotle, citizenship is result of social kindness, and in Hobbes it is built based on precaution. According to this article, an urban background dominated by violence claims for behaviors other than those which could be applied in a peaceful environment, so that in situations where people are threatened it is quite reasonable to think more in the cautions of the citizen, at last Hobbes, than the Aristotle's good citizen. However, this fear does not match with the goals that lead to the foundation of the city. In other words, it would be naïve to think that, once the city is established, it would be safe for degeneracy. Thus, the construction of today's citizenship should be sustained in both pillars of benevolence and precaution.

KEYWORDS:

Citizenship City. Grace. Caution.

1 Doutor em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará UFC e professor universitário. *E-mail*: alcarneiros@gmail.com

2 Doutor em Educação pela Universidade Federal do Ceará. Professor do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito. *E-mail*: mardoniosete@yahoo.com.br

3 Doutora em Ciências da Educação pela Pontificia Universidad Católica de Chile, diretora acadêmico-administrativa da Faculdade Farias Brito. *E-mail*: fernanda.denardin@ffb.edu.br

1. INTRODUÇÃO

Os fenômenos complexos, ao mesmo tempo em que se distanciam das possibilidades de definição, inspiram a proliferação de múltiplos conceitos, amplamente diversificados, desde os mais simples aos mais emblemáticos. Uma coisa está ligada a outra; as coisas indefiníveis parecem ser as que mais sofrem tentativas de definição. Essa proposição se aplica ao significado de cidadania. Tudo o que já se disse do tema toca em alguma particularidade inerente ao universo que constitui a realidade do termo e ao mesmo tempo nada do que foi dito foi capaz de traduzi-la. Toda significação objetiva que se tenta atribuir ao ser cidadão não consegue dar conta do ideal universal da noção pura do termo. Essa questão se insere perfeitamente na proposição de Giddens [1] acerca da diferença absoluta entre um ideal universal e suas manifestações particulares.

Um dos aportes de contato com o significado de cidadania é a intersubjetividade; no plano da “existência imediata”, como podemos ver em Hegel [2], o conceito de cidadania se define como relação social. Na busca por um significado de cidadania no campo das relações que os indivíduos estabelecem entre si, no interesse da instituição e expansão do bem, dois pensadores contribuem de modo particular: Aristóteles e Hobbes. Em Aristóteles o bem-estar individual é impraticável; não há garantia e nem eficácia senão na prática do bem-estar maximamente ampliado ao plano da coletividade. Segundo este filósofo, o aparecimento do Estado e de outras formas de reunião antes deste obedeceu ao afã da conquista de um estágio de vida venturosa; e o primeiro passo para esta conquista foi a aquisição da capacidade dos indivíduos viverem como multidão, um esforço de superação dos limites da identidade particular e o seu refinamento e sua conseqüente evolução ao ponto de formação da identidade coletiva – a multidão de cidadãos [3].

A formação da multidão exige o cumprimento de certos estatutos requeridos à preservação de um grande ajuntamento de indivíduos; para tanto se fez necessário à admissão primeira do espaço comum, uma arte da ocupação de lugares. Entretanto, não basta estar reunidos e organizados; o que caracteriza a existência propriamente humana reside no valor agregado que, uma vez reunidos e organizados, os participantes da comunidade podem acrescentar à vida coletiva. Deste modo, a realização da felicidade comum dependerá do nível de qualidade que os indivíduos forem capazes de imprimir à sua convivência social. Há de se convir que a cidade, antes de se constituir um espaço de produção econômica e política, um território moral, onde afloram as mais diferenciadas artes da comunicação social, ela é antes de tudo, um lugar de mútua benevolência [4], um lugar de produção de virtudes inerentes e apenas possíveis na convivência dos indivíduos entre si como uma multidão. As lentes otimistas mediante as quais Aristóteles pressupõe a relação entre cidadãos diferem do olhar preocupado de Hobbes projetado na mesma direção. Este, na obra *Do Cidadão*, parte do mesmo fundamento aristotélico acerca da gênese da cidade; ambos asseveram o ideal do bem comum. Entretanto, se em Aristóteles a cidade é uma realização de seres humanos benevolentes, em Hobbes, a cidade é erigida por indivíduos precavidos, em função da necessária preservação da paz continuamente ameaçada pela agressão de uns indivíduos contra outros [5]. A dispersão entre o pensamento dos autores origina-se da maneira distinta como ambos concebem o processo de instauração da sociedade política. Em Aristóteles ela é precedida pelas “colônias familiares” [6]; ao passo que para Hobbes ela advém do estado declarado de guerra de todos contra todos; um tipo de existência pautada na “violência mútua” [7]. A transição da colônia familiar à cidade em Aristóteles é mediada pela educação acerca do “cuidado com o todo” [8]. Já em Hobbes, a transição do estado declarado de guerra de uns contra os outros para a sociedade política dá-se por “contrato” [9]. Se em Aristóteles o sentimento de mútua apreciação propicia a atmosfera viável ao

empreendimento de construção da cidade; em Hobbes esse sentimento é substituído pelo “medo mútuo” (2004:33). Considerado o contexto urbano da sociedade contemporânea, qual modelo de cidadania deve prevalecer, o de cidadão benevolente de Aristóteles ou o de cidadão precavido de Hobbes?

2. AS EXPECTATIVAS QUE ORIENTAM A CONSTRUÇÃO DA CIDADE E DA CIDADANIA

O que os indivíduos aspiram e o que os move no empreendimento de construção da cidade? A resposta de Aristóteles a esta questão privilegiará o tema da amizade. No entanto, a amizade aparece como decorrência um pressuposto anterior e mais amplo que, antes de qualquer outra coisa, admite a cidade como atividade [10]. No ponto de vista do filósofo grego a atividade estaria diretamente relacionada a algo que não se possui e cuja conquista é mediada pela ação humana. Parece desnecessário dizer que uma cidade não aparece simplesmente e que não se compra uma cidade. Sua existência está ligada necessariamente à ação coletiva voltada para um fim específico e comum. Por que os indivíduos são atraídos à cidade? O que os motiva a um tipo de reunião com o pretensio fim da perpetuidade? Qual o sentido do exacerbado esforço despendido e necessário à existência concorde de uma multidão de pessoas? A constituição da cidade é um empreendimento que atende à demanda da razão; por ser racional, sua definição é impossível e isto a associa com a noção de complexidade [11]. Ora a cidade, surge da aspiração racional dos indivíduos acerca da mais elevada forma de existência humana; ou seja, há um modo compatível de vida que se espera dos indivíduos reunidos em sociedade, distinto da forma como vivem os deuses, cuja existência se projeta para além da organização social e distinta dos seres irracionais que vivem aquém do modelo de organização humana e dela não carecem. A cidade se insere num contexto inigualável de aspiração social sobrepujando aquilo que os indivíduos esperam da família, da tribo e dos clãs; ela os ultrapassa indefinidamente na medida em que é potencialmente suficiente para atender a demandas que exigem mais do que a própria natureza poderia dar. A cidade possui vínculo direto com a capacidade humana de instituir subjetivamente os significados de sua própria existência. A cidade é o mais extraordinário projeto e a mais sofisticada criação da razão; sendo a própria condição para o florescimento da grandeza humana, a cidade possui os ingredientes necessários ao desenvolvimento de outras habilidades para além das físicas; ela atua, sobretudo no campo da geminação e aprimoramento das virtudes e do embelezamento moral.

Os fins racionais para os quais a cidade foi construída circunscrevem o ideal de:

A única associação que constitui uma cidade é a que promove a participação das famílias e de seus descendentes na ventura de uma existência independente inteiramente ao abrigo da miséria. A cidade é uma reunião de famílias e pequenos burgos que se associam para desfrutarem juntos uma existência inteiramente feliz e independente [12].

O aparecimento da cidade busca atender um padrão elevadíssimo de exigência; e outra razão não justificaria sua realização. Não há de se negar que ao longo da história social, a cidade tem sido compreendida com base em certas ênfases, de modo que em determinadas circunstâncias sobressai a conotação do ajuntamento geográfico; noutra se ressalta a noção de padrão; e, ainda, aqui e ali se privilegia a ideia de instituição; de fato esses elementos e outros tomam parte do empreendimento de realização da cidade, porém possuem valor secundário. A formação da cidade obedece ao ideal da felicidade coletiva, num alto nível de convivência que contemple para além da vida em comum as ações honestas e virtuosas. Nesse aspecto convém ressaltar que a cidade possui em si mesma os recursos de atendimento a esse tipo de demanda e mais que isto, somente ela é capaz de corresponder a tal grau de expectativa.

Tomada nos termos da filosofia aristotélica a criação da cidade pressupõe uma expectativa ambiciosa. Sua instauração antevê um processo que reclama altíssimo desenvolvimento do caráter humano que se traduza numa arte de convivência de maneira que um indivíduo seja o promotor da felicidade do outro em decorrência de atitudes espontâneas.

O grau de exigência que pesa sobre a cidade estabelece relação inequívoca com os fins que dela se esperam; e de outro modo impõe um padrão requintado de exigência a ser atendido pelos executores deste ambicioso projeto. É verdade que cidade não nasce perfeita e os homens que a iniciam não alcançaram um elevado padrão de formação cultural. Entretanto a aspiração embutida no projeto da cidade é prova incontestável do avanço da mentalidade social e da disposição dos indivíduos cada um por si de inserir sua conduta no campo das expectativas eminentemente humanas. O que seria necessário à produção continuada desta forma exemplar de ambiente social capaz de reunir pessoas sem agredir sua liberdade, niveladas ao supremo ideal da felicidade coletiva?

Para Aristóteles a cidade se situa numa ordem de criação humana do tipo organização familiar, matrimônio, fratrias, divertimentos e sacrifícios rituais; atividades que reclamam dos indivíduos muito mais que a exigência gregária; para tais eventos os indivíduos deverão cultivar entre si as práticas benevolentes e a virtude da amizade. Trata-se de um tipo diferenciado de proximidade daquela que meramente reúne as pessoas num só lugar e apela para uma aproximação com base na apreciação mútua, atitudes que nascem primordialmente no mundo dos sentimentos. Discorrendo acerca da vida ventura auspiciada pela cidade, o filósofo dirá:

Entretanto, tal ventura não será alcançada se os homens ao habitarem em um só e único local, e se não se apelar para os matrimônios. E aí está o que motivou, nos Estados, as uniões de famílias, as fratrias, os sacrifícios feitos em comum e os divertimentos que são próprios dessas reuniões. Essas instituições todas são obras de uma benevolência mútua. É a amizade que leva os homens à vida social. A finalidade do Estado é a felicidade na vida. Todas essas instituições visam à felicidade [13].

Se da parte da filosofia aristotélica se tem claramente a concepção de formação da cidade relacionada a laços de amizade, em resposta a mais elevada aspiração da razão, traduzida nos termos de uma associação de famílias independentes, participativas e supridas de recursos materiais; em Hobbes o aparecimento da cidade responde a demandas mais instintivas do que racionais. Evidentemente que os autores não destoam quanto ao ideal da satisfação coletiva pretendido por todos os que participam da construção da cidade. No entanto, para a filosofia hobbesiana a associação humana nas dimensões da cidade busca necessariamente a segurança de seus membros, sendo necessário à sua realização o amplo consentimento de todos, afim de que por todos os meios necessários os indivíduos experimentam a paz e a ajuda mútua [14]. Esse intento não teria logrado êxito em estruturas de relações sociais menores e simples; o seu sucesso depende do enquadramento do maior número possível de indivíduos sob a sombra do pacto social. Por esta razão, assim como Aristóteles associa o projeto da cidade a uma multidão de cidadãos [15], Hobbes dirá que para que o fim da cidade seja obtido se há de mister um grande número de cooperadores que ajam mutuamente [16]. O tom de Hobbes quanto às aspirações humanas que movem as pessoas na edificação da cidade colocam a sobrevivência acima de qualquer outra condição. Isto significa dizer que não é a virtude e o apreço mútuo entre indivíduos que promovem

a aproximação dos aspirantes da cidade. O que se espera em primeiro plano é que essa associação seja capaz de prover o indivíduo daquilo que sozinho por si mesmo não poderia adquirir, a autopreservação. Nesse sentido o que tange os homens na direção da cidade é o sentimento do medo responsável pela guerra de todos contra todos bem como pela instauração de uma sociedade cooperativa [17]. Convém atentar para o fato de que a cooperação gerada pela reunião da multidão não é alimentada pela mútua apreciação entre os indivíduos e sim pelo instinto de sobrevivência:

Conforme o que dissemos acima, está suficientemente demonstrado de que maneira e através de que graus muitas pessoas naturais, por desejo de preservação, e através do medo mútuo, se constituam uma pessoa civil, a quem denominamos cidade [18].

O que ameaça a sobrevivência dos indivíduos senão a presença de outros indivíduos que se antepõem uns aos outros quanto ao usufruto dos bens naturais necessários à preservação de cada um; Hobbes designará este problema como sendo apetite pela mesma coisa ao mesmo tempo [19]. A presença do outro como ameaça cria um estado de convivência hostil onde cada um se utilizaria de todo e qualquer esforço para preservar e defender sua integridade física.

3. PROCESSOS QUE DÃO FORMA ÀS FORMAS DA CIDADE E AOS ELEMENTOS DELINEADORES DA CIDADANIA

Em Aristóteles e Hobbes se distinguem duas engenharias de produção da cidade. As considerações elaboradas pelos autores permitem visualizar processos que dão forma à cidade e como esses processos atribuem os contornos da cidadania. O processo de produção da cidade é o reflexo da natureza da humana. Em Aristóteles a natureza humana é subjacentemente portadora de um bem; a alma humana é habitada potencial pela sabedoria e pela bondade; se a presença dessas virtudes é inerente ao ser, isto por si só não é suficiente; como bem afirma o filósofo grego, o desenvolvimento da virtude humana não é doação; é antes uma conquista de estágios de aprimoramento e de elegância existencial que se conquistam na medida em que o indivíduo avança na trilha do conhecimento do bem. Este estágio evoluído de humanidade recebe de Aristóteles a designação de “caráter do homem magnífico” [20] que difere do homem mesquinho e vulgar. Não é possível analisar a construção filosófica da cidade e da cidadania em Aristóteles sem considerar a perspectiva otimista como o ser humano é pensado:

A magnanimidade, até por seu nome, parece relacionar-se com coisas grandiosas, e a primeira pergunta que cumpre responder é que espécie de coisas grandiosas. Não se faz diferença que examinemos a disposição de caráter ou o homem caracterizado por tal disposição. Chamamos magnânimo o homem que se considera digno de grandes coisas e está à altura delas [...] portanto o homem verdadeiramente magnânimo deve ser necessariamente bom [...] A grandeza em todas as virtudes deve ser característica do homem magnânimo [...] A magnanimidade parece, portanto, ser o coroamento das virtudes, pois ela as torna maiores e não existe sem elas. Por isso é difícil ser verdadeiramente magnânimo, pois sem possuir um caráter bom e nobre é impossível o ser [21].

A constatação de nobreza na alma humana e a afirmação de que indistintamente o estudo e o esforço conduzem ao exercício interior dessa nobreza e sua visível manifestação exterior no campo das relações sociais tem fundamental importância para a concepção aristotélica do processo que resulta na edificação de uma cidade. Outro elemento de indiscutível valor para o aparecimento da cidade e para a

especificidade desta aparição aponta para o fato de que a cidade é o resultado de um encadeamento de fenômenos sucessivos como a família, depois a colônia de famílias que constituem os burgos e depois pela associação dos burgos; essas modalidades de existência só se realizam com a prática mútua da apreciação, e esta sendo apenas possível num estágio evoluído de interação social em que a convivência com o outro, ao invés de respirar ameaça, consiste agradável experiência:

E aí está o que motivou, nos Estados, as uniões de famílias, as fratrias, os sacrifícios feitos em comuns e os divertimentos que são próprios dessas reuniões. Essas instituições todas são obras de uma benevolência mútua. É a amizade que leva os homens à vida social. A finalidade do Estado é a felicidade na vida. Todas essas instituições visam a felicidade [22].

O que se leva em conta na visão projetada por Aristóteles acerca do processo que formaliza a cidade é o fundamento das práticas de benevolência mútua e nesse caso a cidade é o produto da união de vários elementos de excelência humana, desde a nobreza que habita intrinsecamente a razão, o cuidado e o bem coletivo vivenciados na família e a associação voluntária de famílias independentes com fim do exercício coletivo do bem viver.

Já o pensamento de Hobbes acerca da natureza do ser humano e da caminhada que culminou com a instauração da cidade recebe outra conotação. Hobbes considera falacioso o argumento do ajustamento inato dos homens para a vida em sociedade. A natureza humana para Hobbes tende ao exercício de dominação e por conta disto os homens desenvolvem uma propensão de ferir uns aos outros.

A natureza humana e a sociedade são fenômenos excludentes: Assim, “não buscamos a sociedade naturalmente e por si própria, mas sim para que possamos dela receber alguma honra ou lucro. Desejamos estes em primeiro lugar e aquela secundariamente” [23].

Segundo o pensador inglês, o ser humano é habitado por paixões violentas que têm como fonte o medo que os indivíduos sentem uns dos outros. Mas por que esse medo existe? Hobbes dirá que o berço original deste é a igualdade natural: “A origem do medo mútuo, em parte consiste na igualdade entre os homens por natureza” [24]. Segundo o autor, essa igualdade se traduz eloquentemente no fato de que, sem exceção, os indivíduos podem fazer coisas iguais uns com os outros [25]. Porém, além disto, o medo decorre da vontade que os indivíduos têm de se ferirem uns aos outros, de sorte que não há esperança de segurança nem no que concerne à atitude dos outros e nem em relação ao indivíduo provê-la a si próprio. A mais fundamental causa desta compleição, a agressão, é a reivindicação unânime dos indivíduos acerca dos mesmos bens.

Para Hobbes, o ser humano entra na esfera da cidade de má vontade e compungido pelo medo. Se em Aristóteles a cidade é a consequência inevitável de uma trajetória de mútua apreciação e busca pelo ideal da felicidade coletiva, em Hobbes esse deleite obtido no curso da convivência social não existe:

Aqueles que observarem de maneira mais estreita as causas através das quais os homens vivem conjuntamente, deleitando na companhia uns dos outros, notará facilmente que isto não acontece porque naturalmente não poderia suceder do contrário, mas através de acidente [...] estes homens não se encantam com a sociedade mas com a sua própria vã glória [26].

A ancestralidade da instauração da cidade na filosofia política hobbesiana indica que os indivíduos viviam em estado aberto de guerra declarada de todos contra todos. Se a família assume contornos aristotélicos de afeto e prazer, em Hobbes se descortina o caráter despótico do poder paterno. No terreno das relações interfamiliares persistirão os ciúmes e as suspeitas de todos os lados [27].

4. A CIDADANIA NA CONSTRUÇÃO DA CIDADE

Não há controvérsia entre Aristóteles e Hobbes acerca do ideal do bem comum que inspira a chegada dos seres humanos à cidade. Mas há controvérsia no que toca ao problema do espírito que rege a cidadania na tarefa de edificação da cidade.

O cidadão amigo em Aristóteles é um fator indispensável de união da sociedade; este pensador radicaliza sua posição acerca da amizade quando expressa que os legisladores devem se preocupar em maior medida com a amizade e em menor medida com a justiça:

A amizade também parece manter as cidades unidas, e dir-se-ia que os legisladores preocupam-se mais com a amizade do que com a justiça, pois buscam assegurar acima de tudo a unanimidade, que parece assemelhar-se à amizade, ao mesmo tempo que repelem o facciosismo, que é o maior inimigo das cidades. Quando os homens são amigos não necessitam de justiça, ao passo que mesmo os justos necessitam também da amizade; e considera-se que a mais autêntica forma de justiça é uma espécie de amizade [28].

O cidadão precavido em Hobbes é fator de preservação da construção social. Sobre qual fundamento o autor constrói sua argumentação? Não existe conquista definitiva do bem geral com a celebração do pacto social. O contrato estabelecido por unanimidade ou pela maioria dos indivíduos não está à salvo das ameaças de degeneração:

Consequentemente, uma vez que é necessário para a preservação da paz o exercício da lei natural, e para este é da mesma forma necessária a segurança e a igualdade, deve ser considerado o fator do qual procede tal segurança. Nada mais pode ser imaginado por esse propósito do que cada homem estar provido de precauções que tornem a agressão de um outro tão perigosa, que seja preferível a qualquer homem conter-se a intrometer-se [29].

Um contexto urbano dominado pela violência reclama adoção de posturas distintas das que se poderiam adotar num ambiente de convivência social pacífica; em situações nas quais os cidadãos sofram a ameaça de outros é razoável pensar mais no cidadão precavido de Hobbes e menos no cidadão benevolente de Aristóteles. No entanto, o estado de pavor não combina com os fins que levaram à fundação da cidade; de outra forma, seria ingênuo pensar que uma vez instituída a cidade estaria a salvo da degenerescência. Essas ponderações parecem sugerir que a construção de cidadania hodierna deveria se sustentar em ambos os pilares da benevolência e da precaução.

5. BIBLIOGRAFIA

- [1] GIDDENS, Anthony. *Novas regras do método sociológico*. Lisboa, Gradativa, 1996, p. 39.
- [2] HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 49.
- [3] ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo, Martin Claret, 2003, p. 79.
- [4] ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo, Martin Claret, 2003, p. 94.
- [5] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo, Martin Claret, 2004, p. 84.
- [6] ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo, Martin Claret, 2003, p. 13.
- [7] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo, Martin Claret, 2004, p. 29.
- [8] ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo, Martin Claret, 2003, pp. 155,156.

- [9] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo, Martin Claret, 2004, p. 44.
- [10] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo, Martin Claret, 2001, p. 210
- [11] ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo, Martin Claret, 2003, p. 77.
- [12] ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo, Martin Claret, 2003, p. 94.
- [13] ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo, Martin Claret, 2003, p. 94.
- [14] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo, Martin Claret, 2004, p. 85.
- [15] ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo, Martin Claret, 2003, p. 79.
- [16] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo, Martin Claret, 2004, p. 84.
- [17] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo, Martin Claret, 2004, pp. 83-85.
- [18] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo, Martin Claret, 2004, p. 89.
- [19] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo, Martin Claret, 2004, p. 39.
- [20] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo, Martin Claret, 2001, p. 89.
- [21] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo, Martin Claret, 2001, pp. 89-91.
- [22] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo, Martin Claret, 2001, p. 94.
- [23] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo, Martin Claret, 2004, p. 30.
- [24] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo, Martin Claret, 2004, p. 32.
- [25] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo, Martin Claret, 2004, p. 32.
- [26] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo, Martin Claret, 2004, p. 30.
- [27] HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo, Martin Claret, 2004, pp. 36,37.
- [28] ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo, Martin Claret, 2001, pp. 172, 173.

CONTRIBUIÇÃO DO ESTUDO DO DIREITO AMBIENTAL PARA A ATUAÇÃO CIDADÃ NA PROTEÇÃO DA ÁGUA – CAMPANHA CONTRA O SEU DESPERDÍCIO

HELENA STELA SAMPAIO¹
LIDIA VALESCA BONFIM PIMENTEL²
CARLOS ROBERTO MARTINS RODRIGUES³

RESUMO:

Este trabalho visa relatar uma atividade de extensão e pesquisa acadêmicas que vem sendo realizada há cinco anos pelos acadêmicos da Disciplina de Direito Ambiental do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito, atualmente implantada a disciplina como Direito Constitucional Ambiental. Na adequação da disciplina ao mais novo currículo do curso em referência, também a atividade, a Campanha contra o Desperdício da Água, passou por uma reformulação para valorizar o entendimento do bem ambiental água, como um recurso econômico, essencial à garantia do direito fundamental à água, pois que o necessário para a vida não é somente a água em qualquer estado, e sim de forma a permitir a prioridade do abastecimento humano e dessedentação dos animais, é dizer, a sadia qualidade de vida.

Portanto, a pesquisa se deu no sentido de verificar a evolução que a água teve no ordenamento jurídico brasileiro, desde a previsão de classificação da água com possibilidade de bem privado, como no Decreto-lei nº24.643/1934, Código das Águas, ao escopo constitucional de bem de domínio público, conforme dispõe a Política Nacional dos Recursos Hídricos, a Lei Federal nº 9.433/1997.

Outrossim, a aplicação dessas previsões a eventos hidrológicos críticos (períodos severos de estiagem e enchente), o conhecimento dos fatos sociais e naturais fez alertar não mais para as atividades do dia a dia do cidadão, que também tem sua parcela a colaborar contra o desperdício, mas sobretudo aos setores que mais consomem água e assim também deveriam ser os principais alvos na boa gestão desse recurso tão fundamental.

Destarte, é que se fez questão de entregar um relatório da Campanha contra o Desperdício da Água – 2015, que deu azo a este artigo, ao Secretário de Meio Ambiente do Estado do Ceará, por ocasião da Semana Acadêmica da Faculdade Farias Brito, de forma a colaborar com esse alerta necessário à gestão da água junto ao setor da agricultura.

PALAVRAS-CHAVE:

Desperdício de Água. Direito Fundamental à Água. Proteção de Bens Ambientais

-
- 1 Professora e coordenadora no Curso de Direito da Faculdade Farias Brito, bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, advogada, consultora ambiental, mestre em Desenvolvimento e Meio Ambiente – PRODEMA da UFC, doutora em Sociedade, Território e Meio Ambiente da UIB. *E-mail*: helenasampaio@ffb.edu.br
 - 2 Doutora em Sociologia pela UFC, professora e coordenadora da Faculdade Farias Brito - FFB. Pesquisadora do Programa de Pesquisa Jurídica da FFB. *E-mail*: lidiavalesca@yahoo.com.br
 - 3 Advogado, Professor de graduação e pós-graduação em Direito Administrativo e assessor da Faculdade Farias Brito, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará. *E-mail*: cr.adv@uol.com.br

ABSTRACT:

This paper describes an activity of extension and academic research that has been performed for five years by academics in the Environmental Law Course of the Farias Brito College, currently deployed discipline as Environmental Constitutional Law. The adequacy of discipline to the new curriculum of the course in question, also the activity, the campaign against Waste Water, underwent a redesign to enhance the understanding of good environmental water as an economic resource, essential to guarantee the fundamental right to water as the necessities of life is not only the water in any state, but to allow the priority of human and animal supply, that is, the healthy quality of life.

Therefore, the research took place in order to verify the progress that water had the Brazilian legal system, since the water classification forecast with the possibility of private good, as was the Decree Law nº24.643/1934 of the Water Code, the constitutional scope of public good, pursuant to National Policy of Water Resources, Federal Law nº9.433/1997.

Furthermore, the application of these forecasts to critical hydrological events (severe periods of drought and flood), knowledge of the social and natural facts did not alert to the day-to-day citizen, which also has its share to collaborate against waste, but especially to the sectors that consume water and thus should also be the main targets in the proper management of this resource as fundamental. Thus, it is made sure to deliver a report by the Campaign against Waste Water - 2015 which gave rise to this article, the Environment Secretary of the State of Ceará, at the Academic Week of Farias Brito College, so collaborating with this alert necessary to water management by the agriculture sector.

KEYWORDS:

Waste Water. Fundamental Right to Water. Protection of Environmental Property.

1. A CAMPANHA CONTRA O DESPÉRDICIO DA ÁGUA

Desde 2010, na disciplina de Direito Ambiental do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito, a campanha contra o desperdício da água é realizada pela regente das turmas, Prof^a. Helena Stela Sampaio, e com a efetiva colaboração de seus alunos.

Neste ano em que se comemoram os 100 anos da seca do “Quinze” e o Curso de Direito lança mais um de seus projetos interdisciplinares, Solidariedade, Direito e Sustentabilidade; fazendo alusão a período tão simbólico, também lança a disciplina de Direito Ambiental reforçada de sua importância social, que passou a ser chamada de Direito Constitucional Ambiental fazendo jus ao seu conteúdo programático, que enfatiza o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental.

Algumas propostas se desenvolveram e outras foram melhoradas; uma delas foi a campanha contra o desperdício de água. Inicialmente quando lançada, tinha a preocupação educativa interna preponderante na turma e da própria Faculdade Farias Brito - FFB e relacionada ao abastecimento humano.

Essa mudança na reflexão aconteceu também a partir do conhecimento da informação (Agência Nacional de Águas – 2015) de que não se utiliza mais do que 20% da água em estado líquido e despoluída para o abastecimento humano e dessedentação dos animais; e que é para a irrigação que se destinam

mais 60%. Então, estava na hora de repensar o desperdício para uma ação mais externa que pudesse abranger outros setores e não só os que utilizam e se servem da água, mas também e especialmente os que a gerenciam.

Ensinar as pessoas a escovar os dentes com a torneira fechada, não lavar as calçadas e carros com mangueira, não lavar a louça com a torneira aberta, ficou um tanto quanto primário para uma história de contradições no que diz respeito à gestão hídrica.

Por isso, na campanha de 2015 a Turma de Direito Constitucional Ambiental fez um levantamento de eventos hidrológicos críticos que aconteceram no Brasil nos últimos 5 anos, valorizando suas experiências, cidade natal, temas de interesse, para caracterizá-los (descrição do problema hídrico, ano, gestão pública, se teve solução); para num segundo momento identificar as principais causas/efeitos dos eventos; para então apresentar um ensaio de resultados desses efeitos na economia, na proteção ambiental e na vida das pessoas.

Como resultado, tivemos a análise de períodos severos de estiagem e de enchentes, nos mesmos cinco anos atrás, no mesmo Brasil, e conclui-se que o desperdício de água também acontece no mau uso da energia elétrica para a irrigação, exigindo que cada vez mais se eliminem espaços naturais para implantação de usinas; que a ocupação irregular é sobremaneira significativa para o desperdício da água, bem como o valor econômico que o bem “água” possui, muitas vezes é determinante na conduta do desperdício hídrico.

Enfrentaram-se contradições de tratar o desperdício de água em um país como o Brasil que tem uma das maiores bacias hidrográficas de água doce do mundo, ora lidando com essa abundância hídrica, ora com as desigualdades regionais tanto nos fenômenos quanto na capacidade de geri-la.

Não se teve dúvida em analisar a modificação da natureza jurídica da água, pelo que fora eliminada a possibilidade de sua existência como bem privado, entendendo-se não recepcionado pela Constituição Federal de 88 o art. 8º do Código das Águas – Decreto Lei nº 24.643/1934.

Participaram ativamente da campanha com pesquisas, visitas em salas de aula, fóruns de discussões e visitas de campo, os acadêmicos: Arnaldo José Ferraz da Silva, Artur Lira Linhares, Glenda Assunção Borges, Kammylla Gomes de Castro, Meire Fátima Ferreira Sena, Pedro Eugênio Cidrão Uchôa Sobrinho, Rafaela do Rosário Crauss, Rebeca Matos Custódio e Silvia Helena de Melo Sarmiento.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS E LEGAIS QUE INCENTIVARAM O NOVO FORMATO DA CAMPANHA CONTRA O DESPERDÍCIO DA ÁGUA

A degradação dos recursos naturais se intensificou a partir da Revolução Industrial e do aperfeiçoamento dos modos de produção, registrando-se que a má utilização ou mesmo a passividade em relação à degradação ambiental no Brasil remonta ao seu descobrimento.

O século XX foi marcado pelo desenvolvimento acelerado e a ocupação de áreas com crescimento exponencial da população. Este crescimento, invariavelmente, não observava os impactos e a degradação ao meio ambiente. Desde então, os sistemas de saneamento têm evoluído de forma estreitamente ligada com seu processo de desenvolvimento econômico e de urbanização.

Dessa maneira contextualizado o paradoxo: economia e urbanização, a falta de água em países pobres gerou refugiados do clima, isto é, a globalização dos problemas ambientais desencadeou uma série de conflitos, entre eles uma onda de imigração em massa devido à falta d'água, alimentos e recursos energéticos. O Brasil poderia ser um país de refúgio para os imigrantes resultantes dos conflitos ambientais.

O Brasil destaca-se no cenário mundial tanto por sua riqueza natural, sua legislação protetiva contemporânea e sua forma pouco preparada de gestão ambiental, mesmo sendo um dos primeiros na América Latina a dispor sobre uma Política Nacional do Meio Ambiente, Lei Federal nº 6.938, de 31/08/1981, que também disciplinou e instituiu o Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA – integrado por órgãos federais, estaduais e municipais responsáveis pela proteção ambiental.

Essa Lei foi responsável por organizar legal e administrativamente a proteção ambiental no país. O órgão consultivo e deliberativo desse sistema é o Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA – ao qual compete, entre outras atribuições, estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e a manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente hídricos.

No exercício de sua competência, o CONAMA editou a Resolução nº 020, de 18/06/1986, que inaugurou, no âmbito nacional, a gestão da qualidade das águas.

A mencionada Resolução foi revogada pela Resolução CONAMA nº 357 de 17/03/2005 (que já conta com duas alterações pela Resolução 410/2009 e pela 430/2011); esta trata da classificação das águas de acordo com suas utilizações e respectivos padrões de qualidade, classificando as águas em doces, salobras e salinas no território nacional, definindo os padrões de qualidade de cada uma dessas classes, segundo os seus usos preponderantes.

O enquadramento dos corpos de água nessas classes é feito nos níveis de qualidade que deveriam ter para garantir os usos a que se pretende destiná-las, o que exige um controle de metas visando atingi-las, de modo gradual, os objetivos do enquadramento.

Os usos definidos naquela Resolução não abrangem todos os usos possíveis das águas, mas apenas os específicos que exigem água de determinada qualidade. No entanto, por muito tempo, a Resolução CONAMA nº 20/1986 foi instrumento legal utilizado para disciplinar a dinâmica de utilização das águas, até a promulgação da Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, que destacou o uso múltiplo da água como seu fundamento.

3. A IMPORTÂNCIA DO USO ADEQUADO DA ÁGUA

Nesse Contexto, a gestão responsável da água é fundamental para a economia dos países em desenvolvimento. A agricultura e a indústria, que impulsionam o crescimento, são responsáveis por mais de 90% do consumo deste bem, e a população, que trabalha, também precisa de água para viver com saúde.

Dessa forma, os recursos hídricos no mundo são assim empregados: 70% na agricultura, 22% na indústria e 8% nas residências. No contexto nacional brasileiro não é muito diferente. Levando-se em

consideração a utilização na indústria, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESPE), relatou que o gasto com água representa, em média, 1% do faturamento de uma indústria, mas este valor pode chegar a mais de 4% com a adoção de algumas medidas simples; empresas podem atingir uma redução de consumo que varia de 20% a 50%, aumentando a lucratividade.

Para que uma fábrica economize água, o primeiro passo é fazer um diagnóstico, a partir da aplicação de questionários sobre o consumo e tentar responder a determinadas perguntas, por exemplo: a atividade produtiva que está consumindo água é realmente necessária? Há tecnologia ou processo alternativo que evite ou reduza o consumo de água? É necessário colocar água no processo ou existe uma alternativa técnica e economicamente mais interessante? Por que meu processo ou minha atividade utiliza tanta água? Como é possível reduzir a quantidade de água utilizada?

Partindo para um segundo momento, a utilização da água na agricultura, em relação ao consumo, a água necessária para a agricultura de grãos, por exemplo, é de, aproximadamente, 1.000 a 3.000m³ por tonelada. As estimativas de uso da água na agricultura não incluem o uso da água da chuva, porém, na realidade mais alimentos são produzidos por meio do uso de água da chuva do que por irrigação.

No Brasil, houve um aumento significativo de áreas irrigadas a partir dos anos de 1980. De acordo com a EMBRAPA (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária), um bom manejo do solo pode reduzir a quantidade necessária de água para produzir uma tonelada de grãos.

Em relação ao cenário do Estado do Ceará, esses percentuais foram distribuídos da seguinte forma: a agricultura consome 62,1% da água bruta do Estado, a segunda maior demanda é para o abastecimento urbano, cerca de 18,6%, seguido pela indústria, com 13,5%. O Estado acompanha a tendência nacional. As informações são da Agência Nacional de Água (ANA).

Em virtude de sua importância relevante no cenário nacional, a Constituição Federal repartiu a gestão de recursos hídricos com a divisão dos domínios das águas entre a União, os Estados e o Distrito Federal, deixando a competência para legislar sob o domínio apenas da União.

No âmbito dos Estados, cada ente ficou responsável por disciplinar a gestão das águas com a edição das leis que fossem necessárias.

A Constituição Federal ao estabelecer em seu Art. 22, inciso IV, que caberia privativamente a União legislar sobre águas, definiu que apenas ao legislador federal caberia instituir os fundamentos atinentes ao gerenciamento dos recursos hídricos. Assim, apenas a gestão é descentralizada e não a competência para legislar, que continua centralizada e nas mãos da União. De acordo com o mesmo artigo, parágrafo único, apenas a edição de uma lei complementar poderá autorizar os Estados a legislarem em matéria de recursos hídricos.

É fato que as realizações atuais do Brasil são significativas na área de gestão dos recursos hídricos e isso o tem colocado como inovador nessa matéria. Em termos de legislação sobre gestão dos recursos hídricos, o Brasil tem um dos regimes jurídicos mais avançados do mundo, isto é, gestão descentralizada e por bacias hidrográficas.

Contudo, tais preceitos e normas que retratam de maneira contundente a importância da água; esta considerada como “direito fundamental” essencial a todos, deveria, estabelecido no nosso ordenamento jurídico, fazer parte da vida da população.

No entanto, a escassez de água em algumas regiões do Brasil acarreta, e traz consigo, vários outros problemas. Estes envolvem questões que norteiam o abastecimento humano, a ocupação irregular e problemas relacionados às atividades econômicas.

Em relação ao abastecimento humano, os usuários dos serviços de abastecimento de água e esgoto apresentam, desde 2007, uma série de direitos assegurados pela Lei de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/07). A legislação federal prevê a universalização dos serviços de abastecimento de água e tratamento da rede de esgoto para garantir a saúde de todos.

A Lei estabelece, outrossim, as regras básicas para o setor, ao definir as competências do Governo Federal, Estadual e Municipal, para os serviços de saneamento de água, além de regulamentar a participação de empresas privadas no setor.

O Governo Federal estabelece diretrizes gerais, formula e apoia programas de saneamento em âmbito nacional; os Estados operam e mantêm sistemas de saneamento, além de estabelecerem as regras tarifárias e de subsídios nos sistemas operados pelo Estado; já aos municípios compete prestar, diretamente ou via concessão, os serviços de saneamento básico, coleta, tratamento e disposição final de esgotamentos sanitários. Também, são responsáveis por elaborar os planos municipais de saneamento básico.

O abastecimento de água é constituído pelas atividades e instalação necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de mediação.

4. SITUAÇÃO DA ÁGUA NO CEARÁ

Em relação a este problema, podemos mencionar como exemplo a “Seca no Ceará, sendo esta a pior dos últimos 55 anos e atingindo 96% do Estado”.

“Dos 184 municípios que compõem o Estado, 96% decretaram situação de emergência, ou seja, 176 municípios. Para beber água é difícil e, muitas vezes, vem de carro pipa, porém a qualidade do líquido distribuído para o consumo é desconhecida pela população.” (*O Povo*, 2015)

Este ano os resultados referentes à potabilidade da água presente nos 1.101 carros-pipa, que atendem a 122 municípios do Estado, não constam no sistema de informação de vigilância da qualidade da água para consumo humano (SISAGUA), do ministério da saúde. Segundo a pasta ministerial, a secretaria da saúde do Estado (SESA), responsável pelo controle, não enviou os dados de 2013 e 2014.

Apesar de o relatório sobre vigilância da qualidade da água ter sido amplamente divulgado em 2013 pela SESA, a assessoria de comunicação do órgão informa que a responsabilidade por este monitoramento é da 10ª região militar e o estudo de 2013 estava com o órgão do exército.

A situação preocupa, pois de acordo com o relatório da Comissão da Seca da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, o estudo quando a SESA analisou 381 amostras de água de 28 municípios (os únicos que possuem carros-pipa cadastrados no sistema de informação e coletadas amostras) concluiu que 60% das amostras estavam contaminadas, 18% (70) com bactérias *escherichia* e 42% (160) com coliformes fecais.

O Ceará registrou, em 2013, um número elevado de casos de doenças diarreicas agudas. Municípios tiveram surtos de problemas relacionados à qualidade da água que chega à população. Os dados da SESA apontavam que a estiagem é “relevante” na ocorrência de doenças diarreicas agudas (DDAS).

No Ceará foram confirmados cerca de 200 mil casos, não há informações de óbitos, mas 14 municípios somaram 77 surtos. Em cidades como Quixadá, a 200 km da Capital, 64 carros-pipa levam água para a população. Entre os moradores desta *urbe*, encontra-se Antônio César Alves, 43 anos, que apesar de não duvidar da qualidade da água, diz que muitas vezes pede ao “pipeiro” para que não adicione cloro, pois o líquido fica de difícil consumo, ante o sabor forte da água clorada e, destarte, ocasionar diarreia nas crianças e até nos adultos.

Outro problema relevante é a ocupação irregular do solo e, hoje, um dos principais problemas ambientais da atualidade. A ocupação deve-se, principalmente, ao crescimento excessivo das cidades. A explosão demográfica e o intenso fluxo migratório em direção aos centros urbanos provocaram o crescimento desordenado das cidades, ocasionando diversos problemas ambientais e sociais.

Como exemplo desse problema, podemos mencionar a enchente que afetou a região do vale do Itajaí, em Santa Catarina. Esta enchente afetou 77 municípios, dos quais 63 ficaram em situação de emergência e 14 em estado de calamidade pública; várias cidades na região ficaram sem acesso devido a enchentes, escombros e deslizamentos de terra.

Um dos municípios mais afetados foi a própria Itajaí, onde cerca de 90% do seu território foi afetado diretamente pela água, mas todos os seu moradores sofreram as consequências direta ou indiretamente, um vez que diversos serviços e parte da infraestrutura do município foram atingidos.

Para finalizar, os problemas relacionados às atividades econômicas que necessitam de água para que seu pleno desenvolvimento, a agricultura é a atividade que mais demanda em volume de recursos hídricos.

A Lei nº 12.787/13 dispõe sobre a Política Nacional de Irrigação, a qual tem por objetivos incentivar a ampliação da área irrigada e o aumento da produtividade em bases ambientalmente sustentáveis, reduzir os riscos climáticos inerentes à atividade agropecuária, incentivar projetos privados de irrigação entre outros.

Como exemplo, pode-se relatar, na década de 90, mais precisamente no ano de 1992, a cidade de Canindé-Ce, a qual estava sendo acometida por uma das piores estiagens dos últimos 50 anos, o que fizera com que este município sofresse os impactos negativos da seca na sua produção agropecuária.

5. CONCLUSÃO

Quando se pretende uma campanha contra o desperdício da água, logo se é lembrado em cobrar da população que poupe esse recurso, com inúmeras dicas de atuação na vida cotidiana, quando o grande desperdício do referido recurso fundamentalmente se dá pela falta de gestão no setor de maior consumo, a agricultura. Há de se mudar o paradigma da gestão pública e na garantia do direito fundamental à água, sem perder de vista, claro, a responsabilidade da coletividade na proteção ambiental.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Agência Nacional de Águas – ANA. *Conjuntura dos recursos hídricos no Brasil*: informe 2014. Brasília: 2015. 107 p.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.

BRASIL. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

CONAMA. *Resolução nº357/2015*. Dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências.

ESTADO DO CEARÁ. *Anuário Estatístico do Ceará*. Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Estado do Ceará – 2014.

ESTADO DO CEARÁ. SESA. *Relatório sobre a vigilância da água*. 2013.

GALVÃO JR, Alceu de Castro; XIMENES, Marfisa Maria de Aguiar Ferreira (org). *Regulação: normatização da prestação de serviços de água e esgoto*. Agência Reguladora de Serviços públicos delegados do Estado do Ceará – ARCE, 2008.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Agência Nacional de Águas – ANA: comentários à Lei nº 9.984/00 e ao Decreto nº3.692/00*. São Paulo: Atlas, 2015.

PADILHA, Kesia Correia Oliveira. *Panorama Geral da Regulação das Águas no Brasil*. In: Germana de Oliveira Moraes; William Paiva Marques Junior, Álisson José Maia Melo. (Org.). *As Águas da Unasul da Rio + 20*. 1ª ed. Curitiba: Editora CRV, 2013, v.1, p. 229-246.

APONTAMENTOS SOBRE A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

FILIPE PINHEIRO IKEDA¹
JEOVÁ CÉSAR VERISSIMO DE OLIVEIRA FILHO²
OSVALDO COSTA MARTINS³
FERNANDA DENARDIN GONÇALVES⁴
GLAUCO CIDRACK DO VALE MENEZES⁵

RESUMO:

Este artigo é um ensaio para preparar reflexões de uma atividade prática prestes a vingar seus resultados. Trata-se de fruto dos estudos do grupo de pesquisa em Mediação Familiar e Psicanálise, realizados durante o ano de 2014 e vividos em 2015, no âmbito do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito, sob a orientação dos professores Osvaldo Costa Martins e Glauco Cidrack do Vale Menezes. Tratar da mediação é um estímulo não somente para sua concretização, que já conta com regulamentação no ordenamento jurídico pátrio, mas para sua difusão profícua no seio acadêmico e social, em demonstração de formação e realização de atividades de responsabilidade social do ensino superior.

PALAVRAS-CHAVE:

Soluções Alternativas de Conflitos. Mediação. Direito e Psicanálise.

ABSTRACT:

This article attempts to prepare reflections of a practical activity about to avenge his results. It is the result of studies of the research group on Family Mediation and Psychoanalysis made during the year 2014 and lived in 2015 in the Legal Practice Center of Law Course of the Farias Brito College, under the guidance of teachers Osvaldo Costa Martins and Glauco Cidrack do Vale Menezes. Treat mediation is a stimulus not only for its implementation, which already has regulations in Brazilian legal system, but for its fruitful dissemination in the academic and social within, demonstrating formation and realization of social responsibility activities of higher education.

KEYWORDS:

Alternative Conflict Solutions. Mediation. Law and Psychoanalysis.

1 Graduando do 5º semestre do curso de Direito da Faculdade Farias Brito. *E-mail*: felipe_p.i@hotmail.com

2 Graduando do 5º semestre do curso de Direito da Faculdade Farias Brito. *E-mail*: jcvof1705@hotmail.com

3 Graduado em Direito e Psicologia pela Universidade Federal do Ceará. Mestre e doutorando em Psicologia pela Universidade Federal do Ceará. Professor do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito. *E-mail*: osvaldo.costa@ffb.edu.br

4 Doutora em Ciências da Educação pela Pontifícia Universidad Católica de Chile, diretora acadêmico-administrativa da Faculdade Farias Brito. *E-mail*: fernanda.denardin@ffb.edu.br

5 Advogado, professor de graduação e pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil da Faculdade Farias Brito, mestre em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade de Coimbra, Portugal. *E-mail*: glauco.menezes@ffb.edu.br

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo tecer algumas considerações a respeito da mediação, buscando demonstrar a relevância desse método de resolução de conflitos. É sabido que há várias formas de solução de conflitos, como, por exemplo, a autotutela, arbitragem, a conciliação e, ainda, a mediação.

Nos últimos trinta anos, os métodos de resolução de conflitos ditos “alternativos” têm alcançado um desenvolvimento anteriormente impensável. A mediação, assim como a arbitragem e a conciliação compõem o conjunto desses métodos. Se tal desenvolvimento se faz notar em diferentes países, é, sobretudo, no âmbito das culturas ocidentais que ele parece inspirar uma mudança paradigmática no que concerne ao tratamento dos conflitos.

Essa mudança diz respeito tanto à crise do modelo oficial de Estado para a gestão das controvérsias, hegemônico até então, como também à possibilidade de emergência de um novo modelo de regulação social, mas conforme as exigências e necessidades contemporâneas. Dentre essas necessidades, apontamos a maior celeridade das decisões judiciais e a maior participação dos cidadãos nas escolhas dos métodos para dirimir as controvérsias.

Um processo judicial apresenta custos temporal e financeiro, dos quais, muitas vezes, as partes não dispõem, o que torna ainda mais interessante outros métodos de solução do seu conflito. Nesse diapasão, a par dos tradicionais métodos de solução dos conflitos, surgem outras técnicas como uma opção de solução eficaz e específica para as partes litigantes, como por exemplo, a mediação. Com as técnicas alternativas de solução de conflitos, especialmente a mediação, entende-se que haverá um fortalecimento do Poder Judiciário, pois este finalmente poderá oferecer à sociedade prestação jurisdicional efetiva, já que não mais se encontraria repleto de ações judiciais.

2. MEDIAÇÃO: DEFINIÇÕES E PROCEDIMENTOS

Ao analisar o processo de mediação percebe-se que não há uniformidade quanto a sua realização. Primeiro, no tocante a sua referência ao processo judicial, se prévio ou acidental, e segundo, especificamente quanto ao procedimento seguido nas sessões de Mediação. Dependendo da lei de cada país, a mediação tem se apresentado extra ou endoprocessual e quanto ao procedimento nas sessões de mediação, dependerá de quem ou de que órgão a realiza.

O processo de mediação pode ser dividido em etapas, porém Luís Alberto Warat faz uma leitura psicológica da mediação:

A mediação começa quando as partes conseguem interpretar, no simbólico, ódios e amores que as diferenciam. A mediação facilita às partes a possibilidade de interpretar seus ódios e amores. O que é mediável são os conflitos de afetos, não as diferenças patrimoniais sem história, sem afetos, nem desejo (elas são transações que podem estar disfarçadas de mediações). Nos casos patrimoniais sem história, se decidem as diferenças, não existe conflito a resolver. Para que algo possa ser mediado, é necessário que uma das partes, pelo menos, tenha um conflito de ódio, amor ou de dor. Agora iremos as fases da mediação mais conceituais começando o nosso desenvolvimento (1995, p.32).

Segundo Tarturce (2013, p.46), “mediar é facilitar a comunicação entre as pessoas para propiciar que estas próprias possam, a partir de uma compreensão ampliada dos meandros da situação controvertida, engendrar respostas conjuntas sobre as questões relevantes do conflito.”

A Mediação é uma forma de lidar com um conflito (como, por exemplo, em caso de separação, brigas entre vizinhos, divórcio etc.) mediante atuação de um terceiro (o mediador ou a mediadora) que visa melhorar a comunicação, estimulando as pessoas a se entenderem melhor, a negociarem e, se possível, a chegarem a um acordo. O processo de mediação se divide em 6 (seis) etapas.

Em contraponto com a Jurisdição (que é outro meio de resolução do conflito) temos que a mediação é tida como um método em virtude de estar baseada num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia, do direito e da teoria dos sistemas. E é também uma espécie de “arte” como cita Lília Maia de Moraes Sales (2004), em face das habilidades e sensibilidades próprias do mediador. Já a Jurisdição é um meio que se baseia fundamentalmente no Direito de cada País, que tem todo um processo regulado por uma norma e todo um aparato judicial que dificulta a comunicação das partes, já que as partes devem dirigir-se ao juiz e não dialogam entre si.

Atualmente, temos uma crise do Poder Judiciário ante o não cumprimento eficaz de seu papel face à sociedade. Em sendo a crise do Judiciário marcada por um quadro cada vez mais intrincado de problemas, não é possível determinar sua origem como proveniente de uma só causa, mas do desenvolvimento de um conjunto de fatores que, convergentes entre si, agravaram-se no decorrer do tempo, produzindo como resultado final uma ineficiência generalizada na prestação jurisdicional. Entendemos a mediação como um meio capaz de “desafogar” o judiciário e de possibilitar à população em geral valer-se de mais um meio que funcione eficaz e rapidamente na resolução de seus conflitos.

A utilização da Mediação no Brasil deve ser alavancada por meio da proteção legal, alusivas à fiscalização da conduta do mediador, requerendo-lhe parâmetros de neutralidade; confidencialidade do processo, dentre outros, que inclusive já são princípios fundamentais na mediação de conflitos. Destarte, a despeito da futura promulgação de regulamentação específica, a Mediação deve guardar a característica de ser um método que em nada restringe a liberdade transacional das partes, pelo contrário, a estimula, devendo estar intrinsecamente permitida.

No Brasil, existe o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA, 1997) que tem como objetivo principal congregar e representar as entidades de mediação e arbitragem, visando à excelência de sua atuação, assim como o desenvolvimento e credibilidade dos Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias (CONIMA, 2015). O CONIMA estabeleceu um Código de Ética para Instituições de Mediação e Arbitragem (2010) do qual destacamos os seguintes princípios para serem adotados pelo mediador: respeito à autonomia da vontade das partes, imparcialidade, independência, competência, diligência e confidencialidade.

É importante ressaltar que vimos que a mediação e a ética do mediador são fundamentais para a realização satisfatória de resoluções de conflitos. Os conflitos estão presentes em qualquer sociedade e, na nossa, os métodos alternativos, como a mediação, são bastante eficazes tanto para desafogar o judiciário como para resolver mais rapidamente os casos mais simples ou mais complexos. Deve-se ressaltar, por fim, que essa prática só se torna realmente eficaz quando é dirigida por pessoas capazes de satisfazer os interesses das partes em litígio.

A concretização da mediação deve ser feita, portanto, de forma adequada e completa para manter a credibilidade da atividade, que muito contribui para a pacificação social, ao possibilitar o entendimento e a compreensão entre os indivíduos, e deve ser feita consoante o novel instrumento, a Lei Federal nº 13.140/2015, que mesmo ainda não vigente, orienta para o desenvolvimento de soluções consensuais às controvérsias seja entre particulares e até mesmo na autocomposição de conflitos na Administração Pública.

3. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469 de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o §2º do art.6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. *Estatuto Social*, São Paulo, 1997.

CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. *Código de Ética das Instituições de Mediação e Arbitragem*, São Paulo, 2010.

CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. *Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias*, São Paulo, 2015.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro, Del Rey, 2004.

TARTUCE, Fernanda. *Técnicas de Mediação*. In: DA SILVA, Luciana A.M.G.(org). *Mediação de Conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013.

WARAT, Luís Alberto. *Ecologia, Psicanálise e Mediação*. Tradução de Julieta Rodrigues. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

ISENÇÃO TRIBUTÁRIA E INTERPRETAÇÃO LITERAL

TRIBUTARY EXEMPTION AND LITERAL INTERPRETATION

JOÃO GABRIEL LAPROVITERA ROCHA ¹
ROBERTO VICTOR PEREIRA RIBEIRO ²
CARLOS ROBERTO MARTINS RODRIGUES ³

RESUMO:

O presente trabalho tem por objetivo analisar o alcance do disposto no art. 111 do Código Tributário Nacional – CTN, no que tange à possibilidade de utilização de outros métodos interpretativos – além do literal – para retirar o significado pleno das normas tributárias que outorgam isenção. O argumento pensado em favor da interpretação da norma jurídica, visou ultrapassar as leituras que conclui que a isenção só poderia ser interpretada de acordo com sua literalidade, com seu sentido gramatical, de fácil apreensão por meio de um dicionário jurídico. A interpretação literal não pode ser considerada como a única possível em casos como os de isenção, uma vez que o intérprete nunca pode abrir mão de outros métodos hermenêuticos de extrema valia para situações de dúvida jurídica.

PALAVRAS-CHAVE:

Hermenêutica Jurídica. Isenção Tributária. Norma Jurídica.

ABSTRACT:

This study aims to analyze the scope of the provisions of art. 111 of the National Tax Code – CTN, regarding the possibility of using other interpretative methods – beyond the literal – to remove the full meaning of tax rules that grant exemption. The argument thought in favor of the interpretation of the rule of law, aimed at overcoming the readings concludes that the exemption could only be interpreted according to its literal, with its grammatical sense, easy to grasp by a legal dictionary. A literal interpretation can not be considered as the only possible in cases such as the exemption, since the interpreter can never give up other hermeneutical methods of extreme value to situations of legal doubt.

KEYWORDS:

Legal Interpretation. Tributary Exemption. Legal Standard.

1 Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2008). Pós-graduado em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2010). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará - UFC (2012). Consultor Técnico do Tribunal de Contas do Estado do Ceará. Professor do curso de Direito da Faculdade Farias Brito.

2 Advogado, Professor e responsável pela Unidade Curricular de Direito Processual da Faculdade Farias Brito, Membro da Academia Cearense de Letras Jurídicas e autor das seguintes obras: *O Julgamento de Jesus Cristo sob a luz do Direito*, 2010; *O Julgamento de Sócrates sob a luz do Direito*, 2012; *Questões Relevantes de Direito Penal e Processo Penal*, 2012 e *Manual de História do Direito*, 2014.

3 Mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor do Curso de Direito da Faculdade Farias Brito.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o escopo de analisar o verdadeiro alcance do disposto no art. 111 do Código Tributário Nacional – CTN, no que tange à possibilidade de utilização de outros métodos interpretativos – além do literal – para retirar o significado pleno das normas tributárias que outorgam isenção.

Inicialmente, para que se possa delimitar com precisão os contornos da problemática ora em apreço, faz-se imperioso transcrever o estrito teor do mencionado art. 111 do CTN, que aduz o seguinte, *in verbis*:

Art. 111. **Interpreta-se literalmente** a legislação tributária que disponha sobre:
I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;
II - outorga de isenção;
III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias. (grifou-se)

Uma leitura mais apressada do normativo acima transcrito certamente levaria muitos à conclusão de que qualquer lei que instituísse uma isenção só poderia ser interpretada de acordo com sua literalidade, com seu sentido gramatical, de fácil apreensão por meio de um dicionário jurídico.

Assim, o intérprete estaria proibido de se utilizar de outros instrumentos próprios da hermenêutica jurídica, como a interpretação lógico-sistemática (segundo a qual, para se extrair o melhor sentido da lei em análise, deve-se considerar o ordenamento jurídico como um todo), teleológica (que visa alcançar a finalidade intentada pela lei) e histórica (a qual avalia o contexto político, social e cultural em que a norma foi aprovada). Contudo, esse não tem sido o posicionamento adotado pela grande maioria dos tributaristas, muito menos por nossos tribunais superiores, como se demonstrará adiante.

Na verdade, entende-se que o objetivo do artigo acima transcrito é apenas prestigiar a máxima de que o direito excepcional deve ser interpretado literalmente, ou seja, as exceções têm de ser compreendidas de forma restrita, sem possibilidade de interpretação ampliativa ou integração por equidade⁴. O comum é a incidência do tributo e o seu pagamento pelo sujeito passivo. Quando a lei retira essa condição por meio de uma isenção, tem-se uma exceção à regra, que deve ser interpretada com o devido cuidado, sem que haja extensão indevida de seu alcance.

Ocorre que, por outro lado, essa interpretação literal não pode ser considerada como a única possível em casos como os de isenção, uma vez que o intérprete nunca pode abrir mão de outros métodos hermenêuticos de extrema valia para situações de dúvida jurídica. A análise literal da lei deve ser somente uma porta de entrada, porém, caso não se retire o melhor sentido da norma por meio desse método interpretativo, o aplicador da lei não pode se abster de utilizar outros elementos existentes, sob pena de esvaziar o próprio núcleo e a eficácia da norma.

A esse respeito, Luciano Amaro⁵ preconiza:

Não obstante se preceitue a interpretação literal nas matérias assinaladas, não pode o intérprete abandonar a preocupação com a exegese lógica, teleológica, histórica e sistemática dos preceitos legais que versem as matérias em causa.

4 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 104-105.

5 AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 222.

Na mesma linha de raciocínio, Ricardo Alexandre⁶ aduz que:

A terminologia adotada pelo Código não é das melhores, pois, ao afirmar que a interpretação de certas normas deveria ser feita literalmente, o legislador não quis afirmar ser impossível a utilização dos critérios teleológico, histórico e sistemático.

Por último, convém trazer à baila, também, os ensinamentos de Aires Barreto⁷, o qual pontua que:

Cabe ao intérprete tão-só desvendar o sentido, conteúdo e alcance da lei; declarar o que nela se contém, superando, mediante o emprego da conjugação dos processos gramatical, histórico, lógico, sistemático e finalístico ou teleológico, suas eventuais deficiências [...] O primeiro meio de interpretação é o gramatical. Por ele se persegue o propósito das palavras, como inseridas no texto. Esse método, porém, é tido pela doutrina – com inteira razão – como singelo ponto de partida e nunca como ponto de chegada, exceto se for confirmado pelos demais critérios.

Nesse diapasão, vê-se que o entendimento em favor do método gramatical como único possível para a interpretação de norma tributária isentiva não encontra guarida na mais abalizada doutrina. Mesmo se tratando de norma que outorgue isenção, os métodos histórico, sistemático e teleológico podem ser utilizados pelo intérprete.

Ainda sobre as limitações da interpretação gramatical, válidas são as lições de Paulo Barros de Carvalho⁸:

Quer na linguagem em geral, quer na jurídica em particular, as palavras ostentam uma significação de base e uma significação contextual. O conteúdo semântico dos vocábulos, tomando-se somente a significação de base, é insuficiente para a compreensão da mensagem, que requer empenho mais elaborado, muitas vezes trabalhoso, de vagar pela integridade textual à procura de uma acepção mais adequada ao pensamento que nele se exprime. [...] **Prisioneiro do significado básico dos signos jurídicos, o intérprete da formulação literal dificilmente alcançará a plenitude do comando legislativo, exatamente porque se vê tolhido de buscar a significação contextual e não há texto sem contexto.** (grifou-se)

Os livros jurídicos costumam citar um caso emblemático que comprova os absurdos a que a interpretação estritamente literal pode nos levar e a devida correção de rumo que os outros métodos hermenêuticos proporcionam. Essa situação está bem descrita nas palavras de Hugo de Brito Machado⁹:

Dizem que na estação ferroviária havia o letreiro com a indicação de que era proibida a entrada de pessoas acompanhadas de cachorros. Apresentou-se a pessoa acompanhada de um urso, e outra, cega, acompanhada de um cão guia. O porteiro, com o uso do elemento finalístico, permitiu a entrada do cego com seu cão guia, e impediu a entrada da pessoa que conduzia o urso. A explicação da decisão adotada pelo porteiro é simples. A norma proibindo a entrada de cães tinha por finalidade proteger a segurança e evitar que as pessoas fossem incomodadas pelos cães. O cão guia, altamente domesticado e treinado para a sua função, não ocasionava insegurança, nem de nenhum modo causava incômodo às pessoas. Já o urso, embora não literalmente abrangido pela norma, seria alcançado por ela porque causava transtorno às pessoas, incomodando-as, e de certa forma gerava a insegurança que a norma pretendia evitar.

O exemplo acima pode ser trivial, mas serve para ilustrar o que se pretende demonstrar nessas despreziosas linhas. É dizer: a interpretação estritamente literal da norma isentiva pode conduzir a entendimentos desconectados do seu real propósito, ao passo que, quando se leva em conta, também, os elementos sistemático, histórico e finalístico, a tendência é se revelar, com justeza, o verdadeiro sentido da norma.

6 ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 258.

7 BARRETO, Aires F. *Curso de direito tributário municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109.

8 CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107-108.

9 MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao código tributário nacional*. Vol. II 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 254.

A não ser assim, o intérprete estaria a agir em sentido oposto ao porteiro do exemplo citado, permitindo, em nome da literalidade e dos exatos termos gramaticais da norma, a concretização de uma situação absurda, como se fosse autorizar a entrada de uma pessoa acompanhada de um urso e negar o ingresso de um cego portando seu cão guia. Certamente, a lei restaria completamente desfigurada.

Destaca-se, ainda, que a possibilidade do uso dos elementos lógicos, sistemáticos, históricos e teleológicos pelo intérprete da lei isencional não é algo apenas ventilado pela doutrina, mas encontra total amparo na jurisprudência dos nossos tribunais pátrios, notadamente do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, colacionam-se, abaixo, três importantes ementas do STJ acerca da controvérsia em baila:

ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. MOLÉSTIA GRAVE. CARDIOPATIA. ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 111, INCISO II, DO CTN. LEI N. 4.506/64 (ART. 17, INCISO III). DECRETO N. 85.450/80. PRECEDENTES.

1. O art. 111 do CTN, que prescreve a interpretação literal da norma, não pode levar o aplicador do direito à absurda conclusão de que esteja ele impedido, no seu mister de apreciar e aplicar as normas de direito, de valer-se de uma equilibrada ponderação dos elementos lógico-sistemático, histórico e finalístico ou teleológico, os quais integram a moderna metodologia de interpretação das normas jurídicas.

2. O STJ firmou o entendimento de que a cardiopatia grave, nos termos do art. 17, inciso III, da Lei n. 4.506/64, importa na exclusão dos proventos de aposentadoria da tributação pelo Imposto de Renda, mesmo que a moléstia tenha sido contraída depois do ato de aposentadoria por tempo de serviço.

3. Recurso especial conhecido e não-provido.

(REsp 192531/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2005, DJ 16/05/2005, p. 275, grifou-se)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. VERBA DE REPRESENTAÇÃO.

1. Em homenagem aos princípios de hermenêutica positivados nos arts. 108 e 111 do Código Tributário Nacional, não cabe ampliação jurisprudencial das hipóteses de isenção arroladas no art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91.

2. Nada obsta, entretanto, que determinada verba inominada ou nominada em desacordo com a terminologia adotada pela legislação previdenciária venha a ser considerada isenta de contribuição se, em razão de seus elementos essenciais, puder ser enquadrada em uma das hipóteses de dispensa de tributo legalmente previstas.

[...]

8. Embargos de divergência não conhecidos.

(REsp 496737/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2004, DJ 09/08/2004, p. 168, grifou-se)

TRIBUTÁRIO. IPI. IMPORTAÇÃO DE PEÇAS PARA SUBSTITUIÇÃO NO EQUIPAMENTO PRINCIPAL. ISENÇÃO. AJUSTAMENTO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. CTN, ARTIGOS 97, 109, 110, 111 E 176 - DECRETO-LEI 1.726/79 (ART. 2º, IV, F, 5). LEI 8.191/91. DECRETO 151/91.

1. A isenção deve ajustar-se à uma realidade-valor, de modo que não se elimine o alcance da lei isencional, quanto a sua justa e razoável finalidade, prejudicando superiores interesses sociais.

2. As peças acessórias ou destinadas à substituição daquelas integrantes do equipamento principal isento do Imposto de Importação e do IPI, necessárias à continuação do seu funcionamento mecânico, também estão isentas do pagamento dos mesmos tributos.

3. Precedentes.

4. Recurso provido. 3. Embargos acolhidos.

(EDcl no REsp 192494/PR, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2000, DJ 02/05/2000, p. 103, grifou-se)

Veja-se que, no primeiro caso mencionado, trata-se de isenção do imposto de renda para os proventos de aposentadoria de portador de doença grave especificada na Lei nº 4.506/64. De acordo com a interpretação “literal” da referida lei, a isenção do IR só poderia ser dada à pessoa cuja aposentadoria tivesse sido “motivada” pela doença grave, não abrangendo a situação em que a doença é contraída ou constatada depois da aposentadoria. Contudo, o STJ utilizou-se do elemento finalístico (a intenção geral da lei) e considerou o valor justiça como parâmetro de interpretação, garantindo a isenção mesmo que a moléstia tenha sido contraída “depois” do ato de aposentadoria por tempo de serviço.

No segundo precedente, o STJ reconhece que, mesmo em face da proibição de ampliação jurisprudencial das hipóteses de isenção, é possível aceitar que determinada verba que não esteja classificada nos exatos termos da legislação previdenciária venha a ser considerada isenta de contribuição, haja vista que pode ser feita uma interpretação mais precisa, levando-se em conta os elementos substanciais dessas verbas.

O terceiro caso acima transcrito vem consolidar de vez o entendimento que se pretende firmar no presente estudo, uma vez que o STJ se desprende do elemento literal insculpido na regra do art. 111, II, do CTN, evitando, assim, um verdadeiro esvaziamento do próprio núcleo da norma isentiva. Discutia-se a possibilidade de a isenção legal de IPI destinada a alguns equipamentos alcançar também as peças acessórias que se mostrassem imprescindíveis ao seu funcionamento mecânico. Nesse julgamento, a Corte Especial consignou que essas peças também estavam livres do pagamento do imposto em questão, pois, caso contrário, a isenção prevista na lei não alcançaria de forma minimamente satisfatória os seus objetivos, por puro apego à literalidade.

Por tudo isso, conclui-se que a leitura correta do art. 111 do CTN passa por todos esses temperamentos, dispensando-se a tese de que o método literal é o único admitido como meio para se extrair o sentido de uma norma tributária isentiva. Em seu lugar, prevalece o entendimento, devidamente chancelado pela doutrina e pela jurisprudência, de que se faz legítimo, também, na interpretação de uma norma isencional, o uso dos elementos lógico, sistemático, histórico e teleológico inerentes às diretrizes constitucionais da nova hermenêutica jurídica, a fim de se atingir a justiça nos respectivos casos concretos.

Dessa forma, o intérprete da legislação tributária, quando se deparar com uma norma que outorgue isenção, deve, como ponto de partida, verificar a literalidade do texto, o significado das palavras que o compõem, e, não sendo este método suficiente para revelar o sentido da norma, cotejá-lo com os outros elementos acima citados, tudo com o intuito de conferir àquela norma a abrangência que dela se espera.

2. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARRETO, Aires F. *Curso de direito tributário municipal*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Comentários ao código tributário nacional*. Vol. II. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

