

A black and white close-up portrait of Franco Montoro, a man with dark hair, wearing a suit and tie. He is looking slightly to the right of the camera with a neutral expression. The background is dark and out of focus.

**André Ramos Tavares**  
**Guilherme Amorim Campos da Silva**  
**(org.)**

# **Franco Montoro**

**educação, política e direito**

**André Ramos Tavares**  
**Guilherme Amorim Campos da Silva**  
**(org.)**

# **Franco Montoro**

**educação, política e direito**

com as colaborações de

*André Ramos Tavares*  
*Carolina Alves de Souza Lima*  
*Fabiola Wust Zibetti*  
*Gabriel Chalita*  
*Guilherme Amorim Campos da Silva*  
*Henrique Garbellini Carnio*  
*João Antonio da Silva Filho*  
*José Renato Nalini*  
*Luciana Temer*  
*Luiz Ricardo de Miranda*  
*Maitê Cecília Fabbri Moro*  
*Nelson Nery Júnior*  
*Paulo Ferreira da Cunha*  
*Rubens Naves*  
*Tércio Sampaio Ferraz Jr.*  
*Willis Santiago Guerra Filho*

**André Ramos Tavares  
Guilherme Amorim Campos da Silva  
(org.)**

# **Franco Montoro**

**educação, política e direito**

# Sumário

Agradecimento

Franco Montoro: vida, obra e ação política – Guilherme Amorim Campos da Silva

Franco Montoro, um opositor dos extremos – João Antonio da Silva Filho

Desafios da cidadania brasileira: um olhar sobre a trajetória de André Franco Montoro – Carolina Alves de Souza Lima

Os desafios na formação jurídica brasileira – Tércio Sampaio Ferraz Jr.

Renascimento das ideologias & renovação da política – “politics as usual” – Paulo Ferreira da Cunha

O direito entre a violência e a justiça – Willis Santiago Guerra Filho

Ainda com Montoro, pela democracia econômica e desenvolvimento – André Ramos Tavares

Franco Montoro, descentralização e participação: ideia e prática – Rubens Naves

O município como ente da federação brasileira – Luciana Temer

Franco Montoro e o contributo para o pensamento e ação democráticos – Guilherme Amorim Campos da Silva

Conceitos jurídicos e fantasia: notas sobre o Sêrio e o Jocosos em Jhering e a importância do jogo para o direito – Henrique Garbellini Carnio

A influência do critério de soberania nas fontes do direito internacional – Luiz Ricardo de Miranda e Fabíola Wust Zibetti

A influência do direito internacional na regulamentação dos sinais distintivos - Maitê Cecília Fabbri Moro

C.F. 52 X, o STF e o Senado Federal – Declaração de inconstitucionalidade de lei em concreto pelo STF. Mutações constitucionais? – Nelson Nery Júnior

Franco Montoro e a Utopia do Possível – José Renato Nalini

Franco Montoro: a vida não termina aqui – Gabriel Chalita

Lições antes de partir

# Agradecimento

Os organizadores agradecem ao professor e advogado Rubens Naves pelo patrocínio desta edição em e-book da obra em homenagem ao centenário de André Franco Montoro.

Este livro foi pensado, originalmente, para integrar um conjunto de reflexões sobre a produção teórica e a ação política de Montoro por ocasião do centenário de seu nascimento em 2016 e para compor, também, a efeméride dos 70 anos de fundação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na qual desempenhou relevante papel, desde os idos de 1946.

Havia a perspectiva de edição pela gráfica do Senado Federal, mas a turbulência política intensa que vivemos desde então impediu que a edição impressa da obra se concretizasse naquele momento, por essa via, apesar de todos os esforços dos coordenadores. A presente edição em ebook manteve os textos e formatações originais daquela data, como forma de prestigiar, ainda que simbolicamente, o momento do centenário. Porém, a presente crise vivida pela sociedade brasileira decorrente da pandemia do coronavírus e da instabilidade política do governo Jair Bolsonaro motivam um debate sob as luzes do pensamento e das realizações do estadista Franco Montoro. O pós-pandemia torna imperiosa a necessidade de um projeto de país construído e implementado com a participação das correntes políticas democráticas, a exemplo do processo liderado por Montoro no movimento das *Diretas Já* e na redemocratização.

Vale registrar que, ao longo de sua trajetória, Rubens Naves teve a oportunidade e o privilégio da convivência, da amizade e da colaboração profissional com o homenageado, tanto no Departamento de Teoria Geral do Direito da PUC-SP como na diretoria da Companhia Energética de São Paulo (CESP) e no conselho da Fundação SEADE, durante seu governo e, ainda, no Instituto Latino Americano (ILAM).

São Paulo, maio de 2020

# Franco Montoro: vida, obra e ação política – Guilherme Amorim Campos da Silva

Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP.  
Diretor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*  
e Professor Permanente  
da UNINOVE.

André Franco Montoro nasceu em São Paulo em 14 de julho de 1916, filho de André Blois Montoro e Thomazia Alijostes Montoro. Casou-se com Lucy Pestana Silva Franco Montoro, teve sete filhos.

Em 1938, graduou-se na tradicional Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, bem como concluiu o curso de Filosofia e Pedagogia na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de São Bento.

Sobre sua vocação, assim se pronunciou, em primeira pessoa, no livro *Memórias em linha reta*, depoimentos gravados ao jornalista Pedro Cavalcanti, nos meses que antecederam sua partida, em 1999:

*Na segunda metade da década de 30, descobri minha dupla vocação de professor e político. Foram anos de intensa formação e transição. Ainda era estudante e estudante atarefado, pois cursava ao mesmo tempo duas faculdades: Direito, na São Francisco, e Filosofia, na São Bento. Mas já começava a dar aulas, como faria até os dias de hoje. Ainda não era político, nem agia como tal, mas as ideias sobre política e o interesse pela justiça social começavam a tomar um espaço cada vez maior nas minhas preocupações.*

Foi Secretário-Geral do Serviço Social da Secretaria de Justiça de São Paulo e assumiu, entre 1940 e 1950, a Procuradoria Geral do Estado.

Em seguida, foi um dos fundadores no Brasil da Juventude Universitária Católica, participando ativamente do movimento da democracia cristã, filiando-se ao Partido Democrata Cristão em 1947, dando início assim à sua vida político-partidária.

Há 70 anos contribuiu para a criação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Sobre o episódio histórico assim se pronunciou:

*Em uma tarde de 1945 fui chamado, juntamente com um grupo de professores e profissionais liberais do qual faziam parte Osvaldo Aranha Bandeira de Melo, João Sampaio, Queirós Filho, Hugo Ribeiro de Almeida e José Maria de Freitas para uma reunião com dom Carlos Carmelo de Vasconcelos Mota, então arcebispo metropolitano e futuro cardeal de São Paulo. Ele nos comunicou sua decisão de transformar em realidade a velha ideia de criação de uma universidade católica em nosso Estado e pediu-nos que cuidássemos de várias iniciativas indispensáveis, inclusive da parte jurídica, redigindo os documentos necessários.*

*Lembro-me que da Cúria Metropolitana fomos diretamente para o Restaurante Giordano, no início da Avenida Brigadeiro Luís Antonio, onde encomendamos algumas pizzas. Como havia entre nós vários advogados, terminada a refeição, aproveitamos as bandejas de papelão em que haviam sido servidas as pizzas para anotar uma primeira versão dos estatutos da Fundação São Paulo, que seria a encarregada de instituir, manter e dirigir as faculdades e demais institutos da Universidade Católica. Dom Carlos Carmelo de Vasconcelos Mota havia proposto inicialmente o nome de Pontifícia Universidade Latino-americana de São Paulo, mas monsenhor Salim, que se tornou o principal executivo do empreendimento, preferia a denominação mais simples que acabou ficando. Se me permitem o gosto duvidoso da imagem, é de se notar que, num país em que tantos projetos começam bem e acabam em pizza, houve pelo menos um que começou em pizza e terminou em belas realizações.*

*Reunidos os recursos necessários, por dotação da própria Igreja e por uma campanha de donativos no meio empresarial, a Universidade tomou forma rapidamente pela incorporação das duas faculdades católicas de Filosofia já existentes na capital – a São Bento e a Sedes Sapientiae. Vieram também a Faculdade de Engenharia Industrial (FEI) e as de Filosofia e Economia de Campinas. Havia, ainda, como maior novidade, a recém-criada Faculdade Paulista de Direito, que hoje todos conhecem como a Faculdade de Direito da PUC. Para o corpo docente inicial foram convidados professores de faculdades mais antigas, cabendo a mim a cátedra de Introdução à Ciência do Direito. Entre meus colegas figuravam Antônio de Queirós Filho, Basileu Garcia, Carlos Alberto Alves de Carvalho Pinto, futuro governador de São Paulo, Vicente de Paula Vicente de Azevedo, Osvaldo Aranha Bandeira de Melo e Mário Mazagão. Alexandre Correia, que era o decano, acumulava a cátedra de Direito Romano com a direção da Faculdade. Tive o prazer de abrir os cursos, dando a aula inaugural da Faculdade de Direito.*

Montoro sempre aliou sua vocação de professor e pesquisador, formador de gerações de cientistas jurídicos e sociais, com a ação política.

Como professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo publicou, dentre outras, as seguintes obras: *Integração econômica, social e política da América Latina* (1958), *Salário família – promoção humana do trabalhador* (1968), *ABC dos direitos do trabalhador*, *Introdução à Ciência do Direito* (1971), com inúmeras reedições e obra referência no estudo do direito até hoje, *Da democracia que temos para a democracia que queremos* (1974), *A luta pelas eleições diretas* (1978), *Estudos de Filosofia do Direito* (1981), *Colonialismo cultural e cultura nacional* (1982), *Con los pobres de America*, em colaboração com Rodomiro Tomic e Eduardo Frei, do Chile, H. Cornejo, do Peru e Rafael Caldera, da Venezuela.

Foi vereador em São Paulo (1951-1952), deputado estadual (1955-1958), deputado federal (1959-1970), ministro do Trabalho no governo parlamentarista conduzido por Tancredo Neves (1961-1962), senador da República (1971-1982), governador do estado



de São Paulo (1983-1987) eleito em 1982 com mais de 5 milhões de votos. Mais tarde, retornou ao Congresso Nacional, como deputado federal, para dois mandatos (1994-1998 e 1998-1999).

Trabalhou, ainda, pela integração latino-americana, à frente do Instituto Latino-Americano, que assumiu após o governo do estado de São Paulo e conduziu até o fim de sua vida.

A ação política de Montoro é marcada pela luta em defesa da democracia e construção de processos democráticos inclusivos e participativos, com acolhimento da comunidade.

Seu papel na redemocratização do país foi fundamental para a volta da normalidade institucional, com protagonismo na Campanha das *Diretas Já*, no processo constituinte com participação popular e dos diversos setores da sociedade.

Em suas *Memórias em linha reta* afirmou

*Resta dizer o essencial. A vida de um político só ganha seu verdadeiro sentido se contarmos não apenas o que ele combateu, mas também e sobretudo as causas e os princípios que soube defender.*

Aos 14 de julho de 1999, Montoro completou 83 anos de vida.

Na sede do Instituto Latino Americano (ILAM), dezenas de pessoas se reuniram em torno dele para um brinde e para celebrar sua trajetória. Despediu-se de todos algo apressado por que, em algumas horas, voaria para o México, com a finalidade de proferir palestra sobre os efeitos sociais da especulação financeira. A ética da vida, dos valores em sociedade o preocupava. E nessa perspectiva falava dos planos e batalhas para os próximos 20 anos.

Uma vez no Aeroporto Internacional não chegou a embarcar, por causa de um infarto. Faleceu na madrugada do dia 16 de julho de 1999.

Despediu-se desta vida com altivez, alegria e planos para o futuro, legando lições de generosidade, compromisso com a ética, democracia a todos aqueles que tiveram com ele a felicidade da trajetória comum, e às novas gerações, exemplo de um grande brasileiro.

Em Editorial do dia 17 de julho de 1999, o jornal *O Estado de S. Paulo* destacou “o político a quem se podia aplicar o rótulo de agitador, no mais nobre sentido do termo; o homem de ideias voltado para o futuro, como se sempre tivesse uma vida inteira pela frente; o humanista que acreditava ser possível construir um futuro mais justo, com persistência, compaixão, tolerância e solidariedade. [...] André Franco Montoro deu a devida dignidade à palavra patriotismo”.

Com a palavra, o homenageado, cuja memória reverenciamos, sobre ética no direito

*Primeiro, que acima das leis emanadas do poder dominante há uma lei maior de natureza ética e validade universal. Segundo, que o fundamento dessa lei é o respeito à dignidade da pessoa humana. Que a pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica. É a fonte das fontes do direito.*

# Franco Montoro, um opositor dos extremos – João Antonio da Silva Filho

Mestre em Filosofia do Direito pela PUC-SP e Conselheiro-Corregedor do Tribunal de Contas do município de São Paulo, autor dos livros *A era do direito positivo* e *A democracia e a democracia em Norberto Bobbio*, ambos editados pela editora Verbatim.

Quando convidado a escrever sobre o centenário do nascimento do professor, parlamentar e ex-governador paulista André Franco Montoro, senti necessidade de revisitar passagens que me fizeram, ainda na adolescência, despertar para as contradições sociais que me cercavam e que me levaram ao interesse pela política.

Cheguei a São Paulo em 1974. Coincidentemente, aquele foi o ano em que o povo brasileiro repudiou nas urnas a ditadura militar. Mesmo ainda sem uma noção da real dimensão daquele acontecimento histórico, por mera intuição, vi-me incluído no sentimento geral de contestação que o país, majoritariamente, acabara de expressar.

Morava na Zona Leste da capital paulista, filho de mãe e pai católicos, bem cedo fui influenciado por uma corrente religiosa denominada Teologia da Libertação. Os chamados “padres progressistas” vinculados a esse movimento atuavam prioritariamente na evangelização de segmentos católicos, especialmente moradores de periferias de centros urbanos, operários, assalariados em geral, camponeses sem terra e pequenos proprietários rurais, que se sentiam excluídos do modelo capitalista sustentado pelo regime de exceção implantado em 1964.

A relação com esses defensores da Igreja Progressista me fez compreender os mecanismos básicos do funcionamento da política, do Estado e da economia. Foi o meu despertar crítico para temas como a concentração de renda e a consequente exclusão social, o que me levou ao engajamento na luta contra a ditadura e por liberdades democráticas. Mesmo crítico do bipartidarismo forçado (Arena-MDB), passei a acompanhar com interesse o campo progressista do MDB, partido que congregava as diferentes correntes democráticas que faziam frente ao autoritarismo. Foi no contexto dos debates políticos preparatórios para as eleições que se realizariam em 1978 que tive os primeiros contatos com as ideias do político Franco Montoro.

Naquela época, falar de resistência democrática era necessário incluir figuras de expressão nacional. Na Igreja Católica, as lideranças mais conhecidas eram o cardeal-arcebispo de São Paulo, dom Paulo Evaristo Arns, os bispos progressistas dom Helder Câmara, dom Pedro Casaldáliga, dom Mauro Morelli, dom José Maria Pires (dom Pelé), dom Angélico Sândalo Bernardino, dentre outros.

No campo da intelectualidade nacional projetavam-se na resistência democrática figuras do porte de José Carlos Dias, Darcy Ribeiro, Márcio Thomaz Bastos, Celso Antônio Bandeira de Mello, Dalmo de Abreu Dallari, Hélio Bicudo, Fábio Konder Comparato, Florestan Fernandes, Raimundo Faoro, Chico Buarque de Hollanda, Wladimir Herzog, Jacob Gorender, Marilena Chauí, Maria Victória Benevides, Maria da Conceição Tavares e outras.

Na política, falar de resistência à ditadura era obrigatório mencionar nomes de destaque como Miguel Arraes, Luís Carlos Prestes, Carlos Marighella, Carlos Lamarca, Leonel Brizola, Ulysses Guimarães, Teotônio Vilella, José Dirceu, Luís Inácio Lula da Silva, Mário Covas, Fernando Henrique Cardoso, João Amazonas, Pedro Pomar, Mário Pedrosa, Francisco Julião e outros.

A pluralidade política de então abrigava diversas correntes de pensamento com variados pontos de vista sobre os rumos do Estado brasileiro e do país. Havia um traço de união entre todos: a luta pelo fim da ditadura e pelo restabelecimento da democracia. Foi nesse ambiente de resistência democrática que começou a ganhar destaque nacional o político paulista Franco Montoro.

### **O filósofo e a política**

Desde a Antiguidade, Filosofia e Política caminham lado a lado. Aristóteles já dizia no seu livro *A Política*<sup>1</sup> que o “Homem é, por natureza, um animal feito para a sociedade civil”, Para ele, “juntar-se é o melhor meio para um viver melhor”.

Não foi diferente com o político Franco Montoro. Seu despertar, ainda na juventude, ocorreu por meio da Filosofia. Ainda na década de 1930, na passagem da adolescência para a juventude, Montoro ingressou no curso de Filosofia da Faculdade São Bento, ao mesmo tempo que cursava Direito na Faculdade do Largo São Francisco. Naquele tempo já começavam a tomar corpo suas primeiras ideias e interesse pela justiça social e pela política.

É possível deduzir que o contato com a Filosofia tenha projetado no jovem Montoro o despertar crítico para a realidade brasileira. Em sua autobiografia, *Memórias em linha reta*,<sup>2</sup> ele destaca a influência do filósofo francês Jacques Maritain em sua formação. Reproduzindo uma citação de Maritain destacada na autobiografia de Montoro sobre qual seria o “fim supremo” e a “tarefa essencial da sociedade política”, percebe-se como a Filosofia foi determinante para a formação moral do futuro político:

Não é assegurar vantagens materiais a indivíduos ou grupos isolados, preocupados com seu bem-estar e enriquecimento. Não é, também, conquistar o domínio tecnológico sobre a natureza ou o domínio sobre os homens. Mas é, acima de tudo, melhorar as condições da vida humana e promover o bem comum da popu-

---

1 ARISTÓTELES. *A política*. Martins Fontes: São Paulo, 2006, p. 53.

2 MONTORO, Franco. *Memórias em linha reta*. São Paulo: Senac, 2000.

lação, de tal forma que cada pessoa concreta – não apenas dentro de uma classe privilegiada, mas toda a população – possa realmente atingir aquele nível de independência que é próprio da vida civilizada. Nível que é assegurado, ao mesmo tempo, pelas garantias econômicas do trabalho e da propriedade, pelos direitos políticos e a cultura do espírito.

Como visto acima, Maritain tinha uma visão precisa sobre a finalidade do Estado, sem deixar de lado a importância dos meios para a sua concretização. Cito outro trecho do pensamento de Maritain retirado da obra de Montoro:

É um axioma universal e inviolável, um princípio fundamental e evidente, que os meios devem ser apropriados ao fim, porque eles são os caminhos que conduzem ao fim e, de certa forma, são o próprio fim na sua realização contínua, no seu “vir a ser”. Por isso empregar meios intrinsecamente maus para atingir um fim intrinsecamente bom é um erro e um contrassenso. Sabemos que os homens, em seu comportamento prático, com frequência desmoralizam esse princípio, em particular no campo político. É difícil submeter nossa vida à razão no plano individual. E é terrivelmente mais difícil no plano político. No tocante à organização racional da vida coletiva e política, estamos ainda numa idade pré-histórica.<sup>3</sup>

Em anos antecedentes ao golpe militar de 1964, Jacques Maritain escreveu a obra *O Homem e o Estado*, citada por Montoro e da qual retirei as citações acima. Nela, fica clara a importância da Filosofia na condução do pensamento político daqueles que se preocupam em fazer da ação política um instrumento para promoção do bem comum, linha defendida ainda nos anos 1960 pelo papa João XXIII.

Esse pensamento de Maritain, também explicitado na encíclica papal *Rerum Novarum*, de João XXIII, tem forte conexão com o debate contemporâneo no campo da filosofia do direito relativo aos princípios da “Razoabilidade” e da “Proporcionalidade”, cujo contraponto é a clássica teoria maquiavélica de que os “fins justificam os meios”.

Em sua obra, Maritain refutava o pensamento atribuído a Maquiavel. Este é um debate presente na atualidade quando se discute a aplicabilidade dos referidos princípios. O fundamental é perceber que, quando se trata de um fim desejado, este deve ser “razoável”, quer dizer, deve embutir conteúdo de justiça e, ao mesmo tempo, mecanismos adequados à sua consecução, isto é, meios “proporcionais”.

Pode-se concluir que essa foi a base do pensamento filosófico que modelou a conduta ética e moral do homem Franco Montoro, segundo revelado em sua autobiografia, da qual extraio o trecho abaixo:

Esses estudos foram fundamentais para a preparação da tese de Doutorado que eu defenderia alguns anos mais tarde na própria Faculdade de Filosofia São Bento. Minha tese abordava várias questões ligadas à noção de propriedade, incluindo

---

3 MARITAIN, Jacques. *L'homme et l'État*.

a da sua função social. A ideia, que já não era nova, pois vinha de Santo Tomás de Aquino por intermédio de Mounier e muitos outros, afirmava que o direito de propriedade não era absoluto, mas contrabalançado por uma série de deveres. Entre outros, Mounier citava o de cultivar as terras improdutivas, o de investir capitais em vez de entesourá-los ou dissipá-los em especulações, o de utilizar todos os meios para aumentar a oferta de trabalho e diminuir o desemprego e o de pagar um salário justo.

Ficou patente que Franco Montoro adotou como centro de sua preocupação a busca pelo equilíbrio nas relações humanas. Para ele, o justo fim de nada adiantaria sem que os meios para alcançá-los fossem adequados e justos. No fundamental, essa premissa filosófica guiou suas ações no exercício do poder.

### **O jurista e a política**

Montoro também foi um reconhecido jurista brasileiro. Como um dos fundadores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), ele foi responsável pela cátedra Iniciação à Ciência do Direito, tema que também deu nome a um best-seller brasileiro, já na 32ª edição, cujo título é *Introdução à Ciência do Direito*, de sua autoria.

Tal como a filosofia, o direito é indissociável da política. Falar de normas jurídicas, necessariamente, pressupõe discutir ética, costumes e moral, assuntos intimamente ligados à construção de um tecido social coeso. Trata-se de colocar o homem como centro da ação política, tese que apaixonara Montoro desde a graduação até o doutorado. Na visão dele, direito passou a ser instrumento de construção de sociedades justas.

Em sua vida acadêmica, Montoro – sem desprezar o apreço pelo direito como ciência – sempre esteve vinculado às correntes que valorizavam o chamado “direito natural”, também conhecido como “jus naturalismo”, ou seja, quando as normas escritas carregam um “valor” associado à moral e aos costumes. É o que se pode deduzir da influência de Maritain, um filósofo diretamente ligado ao pensamento escolástico tomista.

É bem provável que esses valores filosóficos tenham sido determinantes para a prática jurídica e política de Franco Montoro. Isso fica demonstrado na sua prática política geral e na sua iniciação como parlamentar. O que se percebe é uma combinação de princípios filosóficos e empirismo. No plano das ideias, ele fez da conduta ética e moral o elemento justificador de suas elaborações legislativas.

A propósito, no período em que foi vereador na cidade de São Paulo, na legislatura de 1951, quando foi eleito com 4.575 votos, as leis propostas por ele – e aprovadas pela Câmara Municipal de São Paulo – já apontavam uma linha de forte conexão entre o sentimento de justiça aplicado à realidade social. Dois exemplos dessa prática foram um projeto de sua autoria que proibia o trabalho noturno dos comerciários paulistanos e outro que regulava o preço do gás na capital.

Sua atuação acadêmica e de legislador demonstravam sintonia. Era o encontro do ideário jus filosófico com a realidade política e social de então.

## A política e o político

De carreira política marcada pela passagem em cargos de vereador, deputado estadual, federal e senador por São Paulo, além de ministro de um governo parlamentarista e de governador paulista, Montoro buscou firmar uma postura de homem que levava a sério as tarefas às quais os eleitores lhe confiavam. E também uma trajetória de fidelidade aos seus ideais políticos e partidários.

Do vereador cujo mandato buscou vinculação com questões sociais inspiradas na filosofia cristã, ele perseguiu a coerência como deputado estadual, federal e senador, fazendo do parlamento um espaço para o debate dos grandes temas de interesse da coletividade. Como qualquer um que viveu experiências no parlamento, não demorou a descobrir e viver os dissabores da vida parlamentar. Foi um crítico do dito “pragmatismo parlamentar”, cujo resumo ficou popularizado na expressão “é dando que se recebe”. Como escreveu em sua autobiografia, esse foi o motivo de sua renúncia ao mandato de vereador nos idos dos anos 1950. Seu envolvimento com a política nacional deu-se sempre respaldado pelo voto do povo de São Paulo. Isso demonstra que suas ideias foram legitimadas por parcela significativa dos cidadãos e das cidadãs paulistas e paulistanos.

No fim da década de 1950, seu espaço político se alargara com sua eleição para o cargo de deputado federal, o que se repetiu no início dos anos 1960, tendo seu mandato sido interrompido por uma breve participação no gabinete do então governo parlamentarista imposto ao presidente João Goulart e liderado pelo primeiro-ministro Tancredo Neves (setembro de 1961 a julho de 1962), quando ocupou o cargo de ministro do Trabalho. A propósito, Montoro afirmou em sua autobiografia que participou do governo parlamentarista implantado com a renúncia de Jânio Quadros (1961) muito menos pela projeção do cargo e muito mais por ser líder partidário e por fidelidade ao partido que o indicou ao cargo. Assumindo a tarefa partidária, procurou deixar pelo menos duas marcas na sua passagem pelo Ministério do Trabalho parlamentarista: criou o salário-família e regulamentou o sindicalismo rural – sendo esta última iniciativa um reforço à atuação política das famosas Ligas Camponesas lideradas pelo lendário Francisco Julião.

Em 1º de abril de 1964, data sugestiva, irrompeu a ditadura militar. No período, o Brasil passou a viver momentos de grande turbulência na sua dinâmica política. O regime de exceção instaurado com o golpe introduziu no país o medo como forma de coação da opinião pública. Na política em geral, prisões, torturas, desaparecimentos, cassações e exílio passaram a ser métodos correntes para reprimir, persuadir e impor a hegemonia da força militar.

O Estado brasileiro, em nome do suposto combate ao ideário comunista, foi aparelhado para servir a uma casta econômica e política. Aqueles que não estivessem em sintonia com o aparelho civil-militar ditatorial eram considerados subversivos e inimigos a serviço de ideologias socialistas e comunistas.

Nos parlamentos e nas ruas, opositores eram “cassados” e “caçados” para impedir qualquer possibilidade de coesão social e política que fizesse frente ao regime. Nesse contexto, quatro campos opositores se firmaram na resistência democrática: os ditos radicais – que assumiram a luta armada como forma de combate; os comunistas e socialistas

que não aderiram ao enfrentamento armado e apostaram na luta pela redemocratização; e os democratas liberais que estavam em dois campos: aqueles que, sem desprezar a luta parlamentar, faziam da organização popular seu ponto forte de resistência, e aqueles que, mantendo canais com o povo, buscavam na institucionalização de suas ações os meios para reformar o regime.

Nesse período, o país sofria uma brutal concentração de renda com o consequente empobrecimento de enormes contingentes de brasileiros, com milhões vivendo abaixo da linha da pobreza. A fome se espalhava pelo imenso território nacional.

Na educação, contagiada pelo conteúdo autoritário que sustentava a ditadura, com a consequente falta de liberdade, expressiva parcela da comunidade acadêmica e de estudantes organizava uma consistente resistência que, aos poucos, foi se esparramando por todos os segmentos da sociedade e ganhando uma dimensão de luta social. O movimento estudantil e acadêmico foi uma vertente de expressão do sentimento antiditadura, forjando lideranças reprodutoras do oposicionismo na sociedade.

Uma novidade no campo social foi, sem dúvida, a presença da chamada Igreja Progressista, cuja atuação acontecia principalmente nas periferias dos grandes centros, em áreas rurais e nas organizações populares via Pastorais Católicas temáticas, como operária, juventude, carcerária e família. Pode-se afirmar que a atuação pastoral foi responsável pelo despertar de um contingente considerável de lideranças políticas populares em todos os cantos do Brasil.

Dentre as ações da Igreja Progressista no período, as Comunidades Eclesiais de Base (CEBs) foram um dos principais elos entre as camadas populares e suas reivindicações para conquistar melhoramentos nas suas comunidades. Destas, nasceram movimentos reivindicatórios, como os que combatiam a carestia e lutavam por água, esgoto e creches nas periferias. No campo, a grande bandeira das CEBs foi a reforma agrária, que redundou em organizações até hoje atuantes, como o Movimento dos Sem-Terra, dos pequenos produtores e dos assentados contemplados pela reforma agrária.

Segundo o sociólogo Éder Sader, a presença da Igreja nessa fase das lutas populares foi um fator de destaque. Reproduzo abaixo uma passagem de uma obra dele, considerada referência no estudo sobre o tema:

Na década de 70 a diversidade se reproduzia enquanto tal, apesar da presença de referências comuns cruzando os vários movimentos. Quando acompanhamos a história dos vários tipos de organização popular na Grande São Paulo nesse período, nos defrontamos quase sempre com a presença da Igreja Católica, sua rede de agentes pastorais e suas estruturas de funcionamento; com as matrizes discursivas de contestação, mescladas nas práticas concretas onde se encontraram; muitas vezes até com as mesmas pessoas circulando de um movimento para outro.<sup>4</sup>

---

4 SADER, Éder. *Quando novos personagens entram em cena: experiências, falas e lutas dos trabalhadores*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2001.

Nos grandes centros operários eclodiram movimentos grevistas a partir da segunda metade da década de 1970, dando origem ao denominado “sindicalismo combativo” ou “autêntico”. Tal denominação era usada pelos diversos movimentos políticos de oposição para diferenciar o sindicalismo nascido das lutas de resistência daquele criado ou cooptado pelo regime militar, o “sindicalismo pelego”. O movimento sindical progressista teve como símbolo a resistência operária no ABC paulista sob a liderança do então desconhecido presidente do Sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo do Campo e Diadema, Lula, que depois viria a ser o político Luiz Inácio Lula da Silva, duas vezes presidente do Brasil.

Dos acúmulos da resistência social surgiram os “movimentos políticos de massa” de resistência ao governo ditatorial e pela volta da democracia no Brasil. Slogans da política da época como “Abaixo a ditadura”, “Constituinte livre e soberana”, “Anistia, ampla, geral e irrestrita” e “Diretas Já” foram bandeiras que uniram a oposição e a imensa massa de descontentes com o regime dos generais.

As lutas sociais e políticas que se proliferaram naquele período foram em busca de respaldo político na institucionalidade. Buscavam segurança jurídica para suas conquistas, o que implicava “positivar” seus direitos, ou seja, escrever na ordem jurídica do país o que entendiam como expressão dos seus desejos de justiça. Os democratas que atuavam no parlamento uniram-se a esse sentimento, canalizando para a política esses desejos de mudança. Franco Montoro, líder político com força eleitoral, soube como ninguém potencializar essa energia popular para a luta política institucional.

### **Montoro e a redemocratização**

A propósito de alguns dos seus críticos, que o chamavam de “contemporizador” por ter exercido mandatos parlamentares em plena ditadura e não ter sido cassado, entendo que a postura de Franco Montoro foi coerente com sua conduta política histórica. Ele nunca reivindicou para si o papel de revolucionário socialista e, muito menos, adotou métodos radicais de combate político. Por outro lado, não há registro histórico de que tenha compactuado com o regime militar. Pelo contrário, combateu a ditadura do Estado Novo no período getulista, esteve do lado dos democratas após a Constituinte de 1946 e ainda contribuiu com as forças democráticas que resistiram no parlamento brasileiro à ditadura militar de 1964.

Montoro esteve historicamente vinculado às bandeiras políticas que unificaram o campo de ação pela redemocratização. Integrou as frentes de luta pela Anistia, pelo fim do bipartidarismo, pela Constituinte e pelas Diretas Já, símbolos da derrocada da ditadura, no começo da década de 1980. Aliás, foi no período em que Montoro governou São Paulo (março de 1983 a março de 1987) que o movimento pelas Diretas ganhou consistência e projeção nacional. De modo destemido, ele não vacilou em se aliar às forças plurais da resistência para dar dimensão de massa àquele movimento, cujo símbolo foi o histórico comício da Praça da Sé. Como governador, atuou de forma direta para a realização do ato que reuniu mais de um milhão de pessoas em São Paulo. A partir dali estava dado o impulso final para o encerramento do ciclo autoritário que levaria à redemocratização do Brasil.



Franco Montoro assumiu o governo do estado de São Paulo nos estertores da ditadura militar. É importante constatar que o aparelho repressivo estava em operação e o país ainda era governado pelo último dos generais, João Baptista Figueiredo. Todavia, à frente do governo do estado de São Paulo, Montoro procurou compor uma administração com quadros políticos que expressassem com maior proximidade a pluralidade democrática de então. Seu governo foi marcado por um campo de disputa de reivindicações populares, como direitos das mulheres, ampliação do espaço de atuação dos sindicatos e reconhecimento do direito de greve no serviço público estadual, além de reconhecer a liberdade de organização social em movimentos diversos.

Merece destaque a sua luta pela descentralização do poder. Franco Montoro afirmava que o cidadão mora na cidade e que sua relação direta com o poder e o seu sentimento de pertencimento estavam ligados ao município. Daí surgiu a ideia do “Municipalismo”, encampada por seu governo com o objetivo de fortalecer os municípios. A tese municipalista ganhou o país e contribuiu para que, na Constituição de 1988, os municípios fossem reconhecidos como entes federativos.

No governo Montoro os legados se refletiram no processo de conquistas democráticas. Alguns direitos fundamentais ganharam densidade a partir de experiências e iniciativas marcantes, como a criação da primeira Delegacia da Mulher, ocorrida em 1985, a autorização para desconto em folha de pagamento das mensalidades sindicais e associativas dos servidores, a luta pela integração da América Latina, que resultou na construção do Memorial da América Latina, entre outros.

Em tempos em que a política sofre ataques diuturnos, perfis de políticos com trajetórias limpas devem servir de exemplo para as gerações atuais e futuras. Fora da política, não existe solução para dirimir conflitos e conciliar interesses na vasta gama que compõe a sociedade. Valorizar a ação política como mecanismo de disputa legítima é criar meios compatíveis com os propósitos do Estado e fomentar o ambiente democrático, de respeito ao contraditório e às diferenças. O Estado Democrático de Direito é o caminho natural das sociedades contemporâneas.

Como se pode observar, aliado a outras lideranças de trajetória democrática, André Franco Montoro contribuiu com processos de conquistas sociais diversas e para a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil nas últimas décadas.

# Desafios da cidadania brasileira: um olhar sobre a trajetória de André Franco Montoro – Carolina Alves de Souza Lima

Mestre, Doutora e Livre-docente em Direito pela PUC-SP, na qual é professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direitos Humanos. Advogada.

## Introdução

André Franco Montoro foi um grande homem público. Cultivou, ao longo de sua vida e carreira, a essência de um democrata republicano, modelo para as presentes e futuras gerações. Dentre suas muitas virtudes, uma das mais importantes era, se não a mais, a coerência entre suas ideias e suas ações. Estas se manifestaram, durante sua trajetória política, em verdadeiro empreendedorismo em benefício da nação brasileira. Nas palavras de Jorge da Cunha Lima, a coerência de Montoro: “revelava a fidelidade aos princípios que norteavam sua vida e sua conduta. Princípios de raiz cristã, principalmente voltados para a ética, a política e o social” (2009).

Uma das principais lideranças na luta pela redemocratização do Brasil e pela campanha das eleições diretas, tinha profundas convicções democráticas e as defendia com paixão. Provou-as ao longo de toda sua trajetória, principalmente durante o regime ditatorial militar, marcado pela restrição da liberdade e dos direitos fundamentais. Nas palavras de José Carlos Dias, foi um desbravador da democracia (2008, p. 241). Para Fernando Henrique Cardoso, era cosmopolita, líder de convicções democráticas, com sólida formação intelectual. Era um homem generoso, otimista e sensível às principais questões da sociedade (2008). Conta que: “Montoro tinha, na prática, a convicção daquilo que acreditava, naquilo que eu também acredito: a política não é a arte do possível. A política é a arte de tornar possível o necessário. E Montoro fez isso a vida toda” (2008, p. 34).

Franco Montoro lutou democraticamente contra o regime ditatorial militar presente no Brasil durante os anos 1964 a 1985, regime que restringiu uma série de direitos fundamentais, principalmente os direitos políticos. Dentre as restrições, a suspensão das eleições diretas para presidência da República, entre os anos 1960 e 1989, bem como, a partir de 1966, das eleições diretas para os cargos de governadores dos estados. Somente em 1982, na linha de transição, ocorreram eleições diretas para os cargos de governadores, quando Montoro venceu as eleições para o governo do estado de São Paulo.

O processo de redemocratização do país não foi tranquilo. Iniciou-se paulatinamente a partir de 1974, com a posse do presidente, o general Ernesto Geisel. Com o abrandamento do regime ditatorial, houve diminuição das restrições à propaganda eleitoral e, em 1978, a revogação do Ato Institucional n. 5, o fim da censura prévia, o restabelecimento do *habeas corpus* para os crimes políticos, a atenuação da Lei de Segurança Nacional, e ainda,

em 1979, a aprovação da Lei de Anistia aos presos políticos pelo presidente João Batista Figueiredo (CARVALHO, 2009, p. 173-178).

A partir de 1974 também se iniciam a retomada e a renovação dos movimentos de oposição, com forte atuação dos partidos contrários ao regime, do movimento sindical, tanto urbano quanto rural, das organizações civis e religiosas. A Igreja Católica se colocava com firmeza na proteção dos direitos fundamentais e contra o regime militar. A Ordem dos Advogados do Brasil teve papel de destaque na resistência ao regime militar. Do mesmo modo, a Associação Brasileira de Imprensa, assim como a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (CARVALHO, 2009, p. 178 a 187).

Mas o ponto culminante da mobilização popular aconteceu em 1984, com a campanha pelas eleições diretas para a presidência da República e que movimentou expressiva parte da sociedade brasileira. Apesar de não se ter conseguido a efetiva alteração da Constituição, e de as eleições terem permanecido indiretas, em 1985, os militares se abstiveram de impor um general como candidato à sucessão presidencial, e o candidato da oposição, Tancredo Neves, governador do estado de Minas Gerais, venceu as eleições no Colégio Eleitoral (CARVALHO, 2009, p. 177; LUCA, 2003, p. 541).

De acordo com José Afonso da Silva: O povo emprestou a Tancredo Neves todo o apoio para a execução de seu programa de construção da Nova República, a partir da derrota das forças autoritárias que dominaram o país durante vinte anos (1964 a 1984). Sua eleição, a 15.1.85, foi, por isso, saudada como o início de um novo período na história das instituições políticas brasileiras, e que ele próprio denominara de Nova República, que haveria de ser democrática e social, a concretizar-se pela Constituição que seria elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, que ele convocaria assim que assumisse a Presidência da República (2008, p. 88).

Todavia, por ironia do destino, Tancredo Neves morreu antes de assumir a presidência. Assumiu o vice, José Sarney, aliado das forças autoritárias, mas que mesmo assim deu sequência às promessas do presidente morto (SILVA, 2008, p. 88 e 89). No dia 1 de fevereiro de 1987, foi constituída a Assembleia Nacional Constituinte para elaborar a Constituição de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988, que inaugurou nova ordem jurídica democrática, com ênfase na proteção dos direitos humanos, tanto no âmbito nacional quanto no internacional. Franco Montoro, como homem público e defensor dos valores democráticos e republicanos, foi ator fundamental no referido movimento pela redemocratização do país.

Com base nos ideais democráticos e de respeito à dignidade da pessoa humana, veementemente defendidos por Franco Montoro ao longo de toda sua vida, e dos quais também compartilhamos, o presente artigo objetiva discorrer sobre o instituto da cidadania e apontar alguns caminhos e desafios presentes para a sociedade e o Estado brasileiro. Indagamos por que caminhamos a passos tão lentos, muitas vezes com retrocessos, na trajetória para a cidadania com viés republicano. Para tanto, cabe fazer uma breve abordagem dos caminhos percorridos para o alcance da cidadania no Brasil.

## 1. Breves apontamentos da trajetória da cidadania no Brasil

Cabe lembrar que a cidadania no Brasil sempre caminhou a passos lentos, com poucos avanços, alguns tropeços e retrocessos. Nossa história já se iniciou marcada pelo desrespeito à pessoa humana e à sua dignidade, nas figuras fundamentalmente do índio e do negro, mas também se estendia à grande maioria da população, carente de direitos e de cidadania. Nas palavras de José Murilo de Carvalho:

Em três séculos de colonização (1500-1822), os portugueses tinham construído um enorme país dotado de unidade territorial, linguística, cultural e religiosa. Mas tinham também deixado uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata, uma economia monocultora e latifundiária, um Estado absolutista. À época da independência, não havia cidadãos brasileiros, nem pátria brasileira (2009, p. 18).

Durante o período do Império, a sociedade brasileira se manteve aristocrática e os que poderíamos chamar de “cidadãos” eram uma minoria de brancos e mestiços que tinham o direito de votar. O restante da população, assim como os escravos e os índios, estava totalmente excluído da participação na vida política do Estado, assim como dos direitos básicos. A realidade de exclusão social imperava, aliada ao regime escravocrata que permaneceu até 1888 (FAUSTO, 2008A, p. 149).

A República, por seu turno, se iniciou com a herança do período colonial, marcado pelas relações de subordinação entre governantes e governados. A grande maioria da população ainda estava à margem da cidadania. Era um país agrário, latifundiário e com estrutura social rigidamente estratificada, marcado por profundas desigualdades sociais. O tipo de liberalismo que se impôs no Brasil, desde o início do Primeiro Reinado, e que se estendeu ao longo da Primeira República, era avesso à participação política da grande maioria da população, assim como do acesso à educação popular, ingredientes estratégicos para a alienação política e o aviltamento da cidadania (CARVALHO, 2009).

Por isso, não obstante alguns avanços legais quanto à proteção de direitos, ainda havia imensa distância entre as previsões legais e a realidade em si. Na década de 1930, a grande maioria da sociedade brasileira vivia na pobreza e não tinha acesso aos direitos sociais. Não obstante a importância fundamental da abolição da escravidão em 1888, a condição social dos negros e dos seus descendentes se agravou, porque, apesar da conquista formal da liberdade, não houve nenhuma política pública nas décadas seguintes voltada a sua integração. Estavam faticamente à margem da cidadania (CARVALHO, 2009, p. 43).

E assim se fez a República brasileira, na ausência da essência da *res publica*. No entanto, podemos apontar alguns avanços na proteção dos direitos trabalhistas e na conquista do sufrágio feminino no período do Estado Getulista. Mas as décadas seguintes ainda seriam marcadas pela pobreza e pela desigualdade social. Ademais, o processo democrático ainda era incipiente e não conseguiu impedir o golpe militar em 1964, marcado pelo retrocesso das instituições democráticas e pelo desrespeito aos direitos fundamentais (CARVALHO, 2009).

O período do regime militar, como já apontado inicialmente, apresentou muitos retrocessos em relação ao exercício da cidadania. Todos os atos institucionais adotados pelo governo durante o período restringiram drasticamente os direitos civis e políticos, com base na ideologia da “segurança nacional”. Todas as formas de reivindicações contrárias ao sistema eram consideradas subversivas e reprimidas com violência. A restrição aos direitos civis e políticos englobava, ainda, a censura, a proibição da liberdade de opinião e de reunião, o controle dos partidos políticos pelo governo, a intervenção nos sindicatos, a proibição das greves, as prisões arbitrárias, a violação das garantias processuais e a prática reiterada da tortura (CARVALHO, 2009).

Em relação aos direitos sociais, não obstante algum investimento feito pelos governos militares no sentido da sua promoção, esta não foi suficiente para resolver os principais problemas relacionados aos direitos sociais, dentre eles, o direito à educação. O projeto educacional do regime militar tinha caráter autoritário e excludente. Foi pautado pela repressão, privatização do ensino, elitismo e a exclusão da população mais pobre do ensino de qualidade, além de praticar uma pedagogia voltada para a promoção do regime militar (LIMA, 2012, p. 310).

Nesse cenário sombrio, Franco Montoro foi expressiva liderança democrática ao longo de sua trajetória política. Nas palavras de Norma Kyriakos: “O tempo inteiro ele batalhou contra a ditadura. Ele era um democrata, tão autêntico, tão sério e correto, que nem o regime militar conseguiu, não diria destruí-lo, mas eliminá-lo provisoriamente” (2008, p. 243). Segundo Boris Fausto: “A vida política de Montoro nunca teve nenhum compromisso com o regime militar. Ele é uma figura democrática e emblemática, que percorre todos os períodos, e uma pessoa de grande dignidade” (2008B, p. 243).

Após 21 anos de regime militar, o país volta a se redemocratizar com a promulgação da Constituição de 1988, considerada a Constituição cidadã, porquanto voltada para a ampla proteção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do exercício da cidadania. A Constituição possibilitou juridicamente a redemocratização do Estado brasileiro e abriu novos horizontes para a sociedade brasileira. Inúmeros avanços formam conquistados, em todos os campos e searas.

Não obstante a importância das inovações e dos avanços trazidos pela Constituição de 1988, após 28 anos da sua promulgação, muitos balanços precisam ser feitos em relação ao alcance da cidadania. Referida Constituição foi fruto de um amplo desejo da sociedade brasileira pela redemocratização do país. Em razão do período autoritário anterior, a Constituição não mediu esforços para detalhar da forma mais precisa e possível os mecanismos de garantia da cidadania.

Ao lado dos avanços normativos em prol da democracia brasileira, inúmeras políticas públicas, nas mais variadas vertentes pela promoção e pela proteção dos direitos fundamentais, foram implementadas a partir de 1988, assim como houve substancial fortalecimento das instituições brasileiras como um todo. Não obstante os importantes avanços, temos nos deparado na atualidade com as consequências do populismo fiscal, a irresponsabilidade dos nossos governantes com o trato do bem comum e da coisa pública, além de uma série inimaginável de denúncias de corrupção e de desrespeito aos verdadeiros valores éticos da democracia e da República.

Tal realidade nos revela o desajuste ético, político e social em que nos encontramos. Por isso, não podemos deixar de mencionar a imensa insatisfação vivida hoje pela sociedade brasileira em relação à realidade política, econômica e social do país. Independentemente de posição político-partidária, verificamos que há grande descontentamento e mesmo desilusão da sociedade em relação às perspectivas para o futuro da nação.

Ainda somos uma democracia muito jovem sob o olhar histórico. No entanto, somente encontraremos caminhos para lidar com essas mazelas se nos propusermos a enfrentar as origens da questão. Uma delas, e com certeza uma das mais relevantes, é enfrentar a cultura da corrupção, tão arraigada no imaginário social como na própria estrutura sociopolítica e cultural brasileira.

## **2. Noção e alcance da cidadania versus cultura da corrupção**

A concepção contemporânea de cidadania, construída pós-Segunda Grande Guerra, se alicerça em grande parte na visão filosófica de cidadania, defendida por Hanna Arendt, como o direito a ter direito. Esse é o primeiro direito da pessoa humana na análise da autora, que se debruçou profundamente sobre o estudo da origem dos regimes totalitários e consequentemente violadores dos direitos da pessoa humana. A autora enfrenta a questão da cidadania ao analisar os não cidadãos, gerados pela política nazista de exclusão e de genocídio praticada contra as minorias e os judeus. Nas palavras da autora:

Só conseguimos perceber a existência de um direito de ter direitos (e isto significa viver numa estrutura onde se é julgado pelas ações e opiniões) e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, quando surgiram milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam recuperá-los devido à nova situação política global. O problema não é que essa calamidade tenha surgido não de alguma falta de civilização, atraso ou simples tirania, mas sim que ela não pudesse ser reparada, porque já não há qualquer lugar “incivilizado” na terra, pois, queiramos ou não, já começamos realmente a viver num Mundo Único. Só com uma humanidade completamente organizada, a perda do lar e da condição política de um homem pode equivaler à sua expulsão da humanidade (ARENDETT, 1989, p. 330).

Os ideais da cidadania com viés universal, ou seja, com proteção dos direitos da pessoa humana exclusivamente em virtude da sua condição humana, foram acolhidos pelo Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos que se consolidou a partir de 1945. Nesse sentido, tanto a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 quanto a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 estabelecem expressamente que os Estados americanos reconhecem os direitos essenciais da pessoa humana em razão da própria condição humana, independentemente da nacionalidade.

Segundo esse novo paradigma, tanto o Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos quanto os Estados, por meio de seus sistemas político-jurídicos de proteção dos direitos humanos, devem atuar em parceria na promoção e na proteção da dignida-

de da pessoa humana. O Brasil, inegavelmente, faz parte do grupo de países comprometido – tanto no âmbito nacional quanto no internacional – com a proteção dos direitos humanos, como se verifica claramente na Constituição de 1988, ao estabelecer em seu artigo 1º que tanto a cidadania quanto a dignidade da pessoa humana são fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

No entanto, o maior desafio após a redemocratização do país tem sido a garantia da efetividade do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. Isso porque a cidadania, em sua acepção ampla e universal, se materializa por meio do exercício da ampla gama de direitos fundamentais protegidos pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro. Por isso, se efetiva em cada direito fundamental, seja ele da Liberdade, da Igualdade ou da Solidariedade. Exercer a cidadania plena é ter todos esses direitos reconhecidos e protegidos, para, por um lado, cumprir com seus deveres e obrigações e, por outro, poder usufruir dos direitos fundamentais. O alcance pleno da cidadania pressupõe a garantia de uma vida digna, o que representa a titularidade e o exercício dos direitos fundamentais. Não se pode vislumbrar a cidadania sem a garantia efetiva dos direitos da pessoa humana.

Os avanços legais são importantíssimos e não devem ser menosprezados, mesmo diante da baixa efetividade dos direitos fundamentais no Brasil. Não podemos deixar de assinalar que, desde a promulgação da Constituição de 1988, muitos avanços reais foram alcançados pela sociedade brasileira e implementados pelo Estado. Todavia, ainda há um longo caminho a ser percorrido na conquista efetiva da cidadania. Vale lembrar os ensinamentos de Franco Montoro de que não basta ensinar os direitos humanos. É preciso criar uma cultura prática desses direitos. Para ele: “As palavras voam, os escritos permanecem, os exemplos arrastam” (SANTOS JÚNIOR, 2008, p. 315).

A cultura prática dos direitos humanos pressupõe o exercício da cidadania republicana, no sentido da atuação e da postura ativa e participativa dos cidadãos. As verdadeiras democracias se constroem com a participação constante dos seus cidadãos nos assuntos de interesse público e coletivo. Nesse sentido, a democracia brasileira ainda é um tanto quanto precária, muitas vezes conformista e mesmo descomprometida com as principais questões de interesse coletivo do país. Ainda há muito a ser despertado na sociedade brasileira!

Além de ser necessário criar uma cultura prática para os direitos humanos, entendemos que é preciso enfrentar o que muitas vezes impede ou dificulta a efetivação dos referidos direitos. Trata-se da cultura da corrupção, tão arraigada na organização sistêmica do Estado brasileiro como na própria forma de organização social. Isso se deve ao nosso processo histórico de formação da identidade nacional, marcado por várias distorções, dentre elas, a diferenciação do que pertence ao âmbito público a ao âmbito privado.

O Brasil é um país de dimensões continentais, assim como seus problemas e demandas, especialmente em relação ao exercício da cidadania. A questão que nos colocamos como sociedade apresenta a indagação sobre o que é preciso ser feito para alcançarmos a cidadania republicana, diante de uma sociedade que, por um lado, clama por cidadania e respeito aos valores republicanos e, por outro, ainda se insere em grande medida na cultura da corrupção.

O Brasil apresenta tanto a corrupção institucionalizada, enraizada profundamente em nossa organização político-estatal, como a corrupção cultural, arraigada em nosso cotidiano como sociedade, além de presente no imaginário brasileiro como parte sombria da nossa identidade. Utilizamos corrupção neste estudo no sentido de toda ação ou omissão contrárias ao bem comum e ao respeito à coisa pública. Nesse sentido, a corrupção representa, na acepção ética, o que há de mais antirrepublicano, e conseqüentemente avesso à cidadania republicana. Renato Janine Ribeiro entende que a corrupção cultural “expressa uma cultura forte em nosso país, que é a busca do privilégio pessoal somada a uma relação com o outro permeada pelo favor” (2009).

A corrupção cultural, segundo o autor, impede a criação de laços importantes, o que podemos compreender como os laços sociais, aqueles que nos unem como sociedade e nos dão o sentimento de pertencimento. Cria a cultura do individualismo, do egoísmo, assim como da prevalência do interesse privado sobre o público, como também distorce substancialmente o que pertence a esses dois universos. Nas palavras do autor: “A corrupção enquanto cultura nos desmoraliza como povo. Ela nos torna ‘blasé’. Faz-nos perder o empenho em cultivar valores éticos. Porque a república é o regime por excelência da ética na política: aquele que educa as pessoas para que prefiram o bem geral à vantagem individual” (RIBEIRO, 2009).

As duas formas de corrupção, seja a institucionalizada seja a cultural, ambas enraizadas no Brasil, têm algo em comum e que merece maior reflexão por parte da sociedade brasileira. Segundo Sandra Jovchelovitch, existe uma simetria entre o comportamento cotidiano da sociedade e o comportamento na política (2009). Para a autora: “Essa simetria se fundamenta na interpretação do espaço público como um espaço de ninguém, ou simplesmente do ‘outro’. A própria política, como arena pública, se torna um espaço para o exercício do interesse privado. E como a esfera pública é desvalorizada, o ato de corromper se torna muito mais fácil” (JOVCHELOVITCH, 2009).

Ademais, a autora, ao analisar a política brasileira, entende que: “existe um divórcio entre a palavra e a ação. O discurso se autonomiza em relação aos atos. A cultura latina favorece essa autonomização. A palavra e o discurso pesam mais do que o ato. A palavra aceita tudo. A ação não. E é no ato que a pessoa se revela” (JOVCHELOVITCH, 2009). Somada a essa forma de mentalidade arraigada na nossa forma de organização político-social, a autora acrescenta que o: “Estado brasileiro é historicamente autoritário, tanto pelo lado do populismo quanto pelo do autoritarismo militar” (2009).

Não há dúvida de que a corrupção não é privilégio do Brasil, tampouco foi inventada pelos últimos governos. Está muito mais ligada à fragilidade dos mecanismos de controle do Estado, bem como à falibilidade humana. Nesse sentido, a corrupção estará sempre presente de alguma forma no comportamento humano. A questão central, dessa forma, reside em como enfrentá-la tanto no âmbito institucional quanto nas relações em sociedade. O primeiro passo nos parece ser a sociedade brasileira olhar e enfrentar a simetria que há entre as posturas no espaço social e na política.

Conscientizar-se dessa realidade e se colocar como agente transformador é inegavelmente um caminho que poderá trazer mudanças no cenário nacional. Sandra Jovchelovitch também verifica a falta de percepção tanto da sociedade quanto da classe política em



relação aos responsáveis pela corrupção. Segundo a autora, a corrupção e os problemas que surgem dela são encarados tanto pela sociedade quanto pelos governantes como algo que diz respeito ao “outro”. Esse “outro” é comumente generalizado e proporciona um distanciamento pessoal dos problemas e tensões que afligem a sociedade (2009). Para a autora:

A corrupção é um crime. E o problema do crime, do desvio, na vida pública brasileira sempre foi muito relacionado com essa nossa dificuldade em consolidar uma vida pública democrática, que respondesse aos anseios e às necessidades da população. A criminalidade é uma patologia social que tem origem, de certa forma, nas desigualdades da nossa sociedade. A psicologia clássica descreve a relação do criminoso com o espaço público exatamente como eu estava descrevendo a relação do político que rouba com a esfera pública: ausência de investimento no coletivo, no social. A dinâmica do psicopata é de não sentir culpa, não se sentir responsável. E essa dinâmica é muito semelhante à da corrupção na esfera política (2009).

Complementa a autora, expondo que:

Numa democracia consolidada, o cidadão enxerga o espaço público como de ninguém, porque de todos. Numa democracia não consolidada, o espaço público é de ninguém sem ser de todos; portanto ele pode ser meu no que diz respeito aos meus interesses particulares. E isso é corrupção (2009).

Diante do apresentado e dialogando com a visão de Franco Montoro, verificamos que ele foi uma personalidade que estava muito acima dessa mentalidade atrasada e destrutiva dos valores maiores da democracia e da República. Tinha visão de mundo e das principais demandas da sociedade brasileira. Acreditava nos valores do Estado Democrático de Direito e na justiça social. Foi professor e deixou seu legado, especialmente na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na qual foi professor durante décadas. Em sua clássica obra *Introdução à Ciência do Direito* está mais do que consignado seu apreço pelos valores democráticos e pela justiça social. Ao analisar a significação da justiça para o direito, escreveu que: “A justiça não é um conceito meramente formal e vazio de conteúdo, como pretendem alguns autores. Pelo contrário, em oposição às relações sociais de dominação e de submissão, ela representa a exigência concreta de respeito à personalidade de cada homem e de todos os homens” (2014, p. 330).

Nesse sentido, para nos apoderarmos da cidadania que pode e deve ser construída segundo os parâmetros da justiça social, precisamos caminhar em várias frentes de reivindicações. Vale lembrar as sábias lições de Norberto Bobbio no sentido de que: “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político” (2004, p. 23). Dessa forma, todos os avanços da Constituição de 1988 em conjunto com as conquistas do direito Internacional dos direitos humanos somente serão consolidadas se atuarmos veementemente no âmbito político e em prol da consolidação do Estado Social e Democrático de Direito. Uma das vertentes de atuação em prol da cidadania representa o combate à cultura

da corrupção. Um dos caminhos para enfrentá-la pressupõe o investimento amplo, contínuo e prioritário em educação, além é claro de uma infraestrutura eficaz e proba de Estado.

### **3. Educação para a cidadania**

Quando pensamos na educação, sabemos que seu universo é muito amplo. Também sabemos que a educação nunca foi prioridade de nenhum governo brasileiro ao longo de toda a nossa história, não obstante, por um lado, verificarmos alguns avanços, mas por outro, constatarmos o discurso demagógico de tantos e tantos governos.

O direito à educação engloba tanto a educação escolar e profissionalizante, com aspectos mais técnicos mas também humanistas, quanto a formação ética da pessoa como ser humano, o que se dá ao longo de toda sua vida. Por isso, a Constituição de 1988 estabeleceu o direito à educação como dever não só do Estado, mas também da família, além da colaboração da sociedade, por meio da sua promoção e incentivo.

A educação é elemento fundamental para o alcance da cidadania. Nesse sentido, podemos afirmar que educar é inegavelmente um ato político, porque visa a despertar o indivíduo para a consciência política e conseqüentemente para as demandas do social ao qual ele pertence. A educação para a cidadania visa a aprimorar a consciência ética, com vistas a formar pessoas comprometidas com o interesse público e o bem comum (BITTAR, p. 94, 106). A cidadania que precisamos construir é muito bem definida por Eduardo Bittar, segundo o qual:

quando se fala de cidadania, não se quer falar em mero conjunto de direitos e deveres legais ou constitucionais, mas em cidadania ativa e participativa, interativa e crítica, libertadora e autoconsciente, produtiva e dinâmica. Ademais da consciência cívica, para o exercício dos direitos e deveres públicos, a educação tem em vista a formação da consciência nacional, uma vez que fortalece os laços históricos, éticos, comunitários e restabelece ligações com o passado e as tradições culturais de um povo (2004, p. 108).

Nesse sentido, educação e cidadania são dois antídotos contra a cultura da corrupção. Educação e cidadania promovem a cultura democrática, estruturada no exercício das liberdades, no incentivo à autonomia e ao desenvolvimento humano e na construção de uma sociedade mais solidária e ética. Por isso, reivindicar um sistema de forte educação representa fortalecer e aprimorar a democracia e a República brasileira.

Nessa seara, Franco Montoro também foi personalidade de destaque. Foi professor universitário durante décadas e exerceu sua função com maestria. Conseguiu despertar em seus milhares de alunos o pensamento crítico e reflexivo, essencial para a construção de uma sociedade democrática. Dentre as várias qualidades que deve ter um bom professor, Montoro tinha a virtude, hoje tão rara, especialmente entre os políticos, da coerência entre suas ideias e suas ações. Era autêntico e coerente.

## **Considerações finais**

Diante de todo o exposto, verificamos que nossa história revela, em grande medida, a mentalidade da exploração, da desigualdade e da cultura da corrupção, seja ela institucionalizada, seja nas relações sociais. No entanto, a história há de servir para que os erros não se repitam e também para que possamos nos reinventar como sociedade. Os avanços legais, tanto no âmbito nacional quanto no internacional, já estão positivados. No entanto, sabemos que as mudanças legais por si sós não transformam a realidade. Hoje, a sociedade brasileira bem como o Estado são mais complexos, assim como as demandas que se impõem. Um ponto central a ser enfrentado é o combate à corrupção e à sua cultura. Esta corrói o tecido social e tem causado prejuízos para as presentes e futuras gerações. Precisamos buscar formas mais criativas, solidárias e respeitadas de convivência social, para que seja possível se efetivar uma cidadania mais plena e republicana, voltada para o bem comum e o interesse público. Oxalá nossa sociedade saiba gerar mais Francos Montoros!

# Referências bibliográficas

- ARENTE, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. 7ª reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Ética, educação, cidadania e direitos humanos: estudos filosóficos entre cosmopolitismo e responsabilidade social*. Barueri, SP: Manole, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 6ª reimp. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2004.
- CARDOSO, Fernando Henrique. *O legado de Franco Montoro*. Organização de José Augusto Guilhon Albuquerque. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- DIAS, José Carlos. *O legado de Franco Montoro*. Organização de José Augusto Guilhon Albuquerque. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008.
- FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 13ª ed. São Paulo: Edusp, 2008A.
- \_\_\_\_\_. *O legado de Franco Montoro*. Organização de José Augusto Guilhon Albuquerque. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008B.
- JOVCHELOVITCH, Sandra. Entrevista: Há simetria entre o comportamento da população e o dos políticos no Brasil. *Folha de S.Paulo*. A 17. 7 dez. 2009.
- KYRIAKOS, Norma. *O legado de Franco Montoro*. Organização de José Augusto Guilhon Albuquerque. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008.
- LIMA, Carolina Alves de Souza Lima. *A construção da cidadania e o direito à educação*. Tese de Livre-docência. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, Brasil. Ano de obtenção: 2012.
- LIMA, Jorge da Cunha. *Franco Montoro*. Ensaio introdutório e seleção de textos por Jorge da Cunha Lima. Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados. Brasília. 2009. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2386/franco\\_montoro.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2386/franco_montoro.pdf?sequence=1). Acesso em: 27 maio 2016.
- LUCA, Tânia Regina de. Direitos sociais no Brasil. In: *História da cidadania*. Organização de Jaime Pinsky e Carla Bassanezi Pinsky. São Paulo: Contexto, 2003.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 31ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- RIBEIRO, Renato Janine. Corrupção cultural ou organizada? *Folha de S.Paulo*. Opinião A3. 28 jun. 2009.
- SANTOS JÚNIOR, Belisário dos. *O legado de Franco Montoro*. Organização de José Augusto Guilhon Albuquerque. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

# Os desafios na formação jurídica brasileira – Tércio Sampaio Ferraz Jr.

Professor da Faculdade de Direito da USP e PUC-SP,  
Professor Emérito da Faculdade de Direito da USP-Ribeirão Preto,  
Doutor em Filosofia pela Gutenberg Universität, Doutor em Direito pela USP.

Franco Montoro foi um paladino do ensino do direito vivo. Daí o cerne de sua preocupação com o humanismo, ambientado no forte contexto do *personalismo* de autores como Maritain, mas aberto à expansão para o advento de novos *direitos*, em constante luta por sua vigência concreta.

Pode-se imaginar qual seria sua posição diante de temas candentes, como a união homoafetiva, ficha-limpa, pesquisas com células-tronco, interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, demarcação de reservas indígenas, mensalão etc.

Lembro-me dele como colega nos cursos de pós-graduação da PUC-SP, de seu empenho em contestar uma tradição conservadora, alheia às transformações trazidas por novas tecnologias que ele, em aula, já sabia apreciar e estimular como objeto de estudo.

A impressão forte é a de que entendia muito bem o significado e a importância do problema da aplicação do direito contra a presença de um conservadorismo na formação jurídica.

As reflexões que seguem são uma homenagem ao seu espírito aberto à crítica e à mudança, que dele fizeram mesmo em política um educador.

## A tradição

O mencionado conservadorismo tem a ver com estruturas do passado que, não obstante as intensas e visíveis mudanças no paradigma do conhecimento jurídico, ainda resistem até hoje na média das escolas de Direito, apegadas a um modelo estruturado no século XIX. Daí um sabor de arcaísmo.

Trata-se de um modelo dentro de um quadro cultural mais amplo, possível de ser sintetizado, nos quadros do liberalismo político do século XIX, sob a noção de Estado de Direito, que punha e põe relevo, para efeitos da formação jurídica, na força da fonte legislada, que adquire uma centralidade capaz de produzir um saber que gravita em torno da legislação: como identificar o direito vigente, a partir da lei, e como interpretá-lo? Fazer da lei geral e abstrata a fonte central do direito por oposição aos privilégios resumia um projeto político, filho das revoluções desde o início do século XIX.

Essa visão, por certo demasiado esquemática, não olvida outros inúmeros projetos políticos então em disputa. Mas permite ver que, nessa tradição, a teoria jurídica básica para a formação em direito se desenvolve numa espécie de tensão do intérprete com o trabalho do legislador, donde as dúvidas sobre a interpretação doutrinária em confronto com

a autêntica, sobre o real papel do saber jurídico (a doutrina como fonte?), no meio do que surgia o juiz como *a boca da lei* (mediada pela doutrina) e se definiam os demais papéis (o advogado, o promotor e, secundariamente, as profissões que oficialmente exigem o título de bacharel em Direito: por exemplo, o notário).

Nessa tradição que nos vem do século XIX, ideologicamente liberal em sua origem, e encarando, por consequência, o direito como conjunto de regras dadas (pelo Estado, protetor e repressor), a formação jurídica visa ao profissional que tende a assumir o papel *conservador* daquelas regras, que, então, são por ele *sistematizadas e interpretadas*. Essa postura teórica é denominada por Norberto Bobbio (*Dalla struttura a la funzione*, Milão, 1977) de *teoria estrutural do direito*. Nela prevalece um enfoque que tende a privilegiar as *questões formais*, constituindo-se como tarefa do jurista enfrentar o problema da *identificação* do direito (o que é direito, o que pode ser exigido *de direito*).

De um lado, mediante a identificação das suas *fontes* (fontes do direito) e, nessa linha, da *natureza jurídica* dos institutos, por consequência, da *validade* do direito mediante critérios para reconhecer as leis válidas, as normas vigentes e as revogadas, as constitucionais e as inconstitucionais, tudo em nome da coerência do ordenamento jurídico como um todo. Nessa tarefa se enquadra também a *conceituação analítica* de noções básicas como obrigação, responsabilidade, relação jurídica, sanção como uma retribuição negativa (pena, castigo), sentido de ato lícito e ilícito, direito subjetivo etc. O enfoque estrutural, em suma, é um enfoque *a posteriori*, que toma o direito *dado* como um ponto de partida.

Por outro lado, ocupa-se tradicionalmente a formação jurídica com o *sentido* do direito identificado, mediante o estabelecimento de regras de interpretação (hermenêutica jurídica). A hermenêutica jurídica, porém, como algo que se aprende pela forma de ensinar o direito: dogmaticamente ensinado, isto é, ensinado como um corpo legal, ao qual se deve atribuir sentido (mediante a descoberta ora da vontade do legislador – *voluntas legislatoris* –, ora da vontade da lei – *voluntas legis*), numa espécie de controle das consequências possíveis de sua incidência sobre a realidade antes que elas ocorram. Ou seja, mostrar o direito é atividade didática que precede a atividade de interpretar, que, por sua vez, precede a atividade de aplicar. As leis (e, no caudal hierarquizado, a legislação), pressupostamente, conferem um sentido (racional ou, pelo menos, razoável) à ação real. O sentido normativo de um comportamento (roubar, furtar, prevaricar, corromper, contratar, doar, herdar, produzir um fato gerador de tributo etc.) vem, assim, desde o seu aparecimento, “domesticado”, isto é, dotado de um sentido reconhecível. Disso se encarrega o intérprete. Mesmo quando, no caso de lacunas, integramos o ordenamento (por analogia, por princípios gerais, até por equidade, dando, nesse caso, a impressão de que o intérprete está a guiar-se pelas exigências do próprio real concreto), o que fazemos, na verdade, é orientar-nos, por presunção, pelas próprias avaliações do sistema identificado (vontade do legislador ou da lei). Essa verdadeira astúcia na formação jurídica é o modo pelo qual se descarta ou ao menos se enfraquece o subjetivismo das decisões políticas (do legislador, do regulamentador, do sentenciador) pondo-se, assim, a serviço da neutralização da pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos, que se tornam externos ao aprendizado.

Aprender direito, nesses termos, é entendido como capacitar-se para apontar o alcance do direito em vista de possíveis conflitos *concretos*, mas que, durante um curso jurídico, o docente procura inserir numa “visão” de conjunto, ao torná-los conflitos abstratos, isto é, definidos em termos jurídicos, em termos de significados juridicamente reconhecíveis para situações possíveis e diversas.

O aluno de Direito é acostumado, assim, por longa tradição, a aprender a lidar com três problemas centrais da teoria jurídica: a identificação do direito, sua interpretação e aplicação. Para isso lhe são apresentados conceitos, classificações, distinções que procuram construir ferramentas para lidar com esses problemas. Por exemplo: os conceitos de validade/vigência/revogação para responder ao problema da identificação; a distinção entre vontade da lei/vontade do legislador para o problema da atribuição de significado; a forma do silogismo que tem a premissa maior (direito válido), premissa menor (fatos provados) e conclusão (decisão), para justificar a decisão.

Desde o século XIX, a ciência jurídica dominante entre nós produziu, para isso, tecnologias detalhadas para lidar com esses problemas, principalmente com os dois primeiros (identificação e interpretação), uma vez que o problema da aplicação era tratado de modo subsidiário aos outros dois, como mostram os debates para dar autonomia à dogmática do direito processual (de lembrar-se que até os anos 1960 ainda se ouvia falar, referindo-se ao direito civil e ao direito processual, em direito *substantivo*/direito *adjetivo*, uma fórmula decididamente ultrapassada há anos).

Os livros de doutrina, de que se vale o ensino, operacionalizavam, mas continuavam a operacionalizar o direito mediante (1) uma teoria das fontes jurídicas, voltada sobretudo, em sede de direito positivo, para uma teoria *dogmática* da legislação: competências legislativas, hierarquias de competências, (2) uma teoria dos institutos jurídicos, mediante a construção de um sistema de conceitos fundamentais (por exemplo, teoria da obrigação, dos contratos, do negócio jurídico), elucidados e compreendidos mediante uma teoria da interpretação (hermenêutica jurídica, com suas clássicas técnicas: gramatical, lógica, sistemática, histórica, teleológica, axiológica etc.).

Diga-se, desde logo, que esse conjunto de temas, que faz parte do delineamento curricular, mostra, afinal, que a tradição do ensino jurídico no país valora preponderantemente o domínio cognitivo de uma legislação básica em termos de aprendizado de sua identificação para cada área, subárea e outras segmentações.

Esse domínio cognitivo reduz-se, porém, a um domínio estrutural da legislação, o que pode ser percebido pela insistência quase exclusiva na conjugação de três elementos: ordenamento, doutrina, jurisprudência. O que traz para o ensino uma estrutura endógena marcante, como se o direito olhasse sempre para o próprio umbigo. A expansão da segmentação legislativa é vista como motivo para estudos voltados para a competência formal e material, por especializações por áreas do ordenamento. Daí a concentração do estudo em áreas materiais (civil, processual, administrativo, constitucional etc.), que conduz a uma apreciação dos currículos conforme um elenco de disciplinas, qualificadas ora em obrigatórias e eletivas, ora em principais e acessórias, donde a sua valoração positiva em termos de buscar a maior abrangência material na distribuição de cursos conforme uma periodização anual (às vezes formalmente semestral).

É verdade que uma formação em áreas de conhecimento voltadas para a inserção do direito em seu contexto social, econômico, humanístico é valorada positivamente, mas antes como uma espécie de moldura pedagógica de erudição. Mas isso não chega a abalar algumas arraigadas percepções da realidade em que o direito se insere.

Em seu nascedouro, no século XIX, é importante notar que o fenômeno jurídico foi interpretado, do ângulo econômico, fortemente limitado pela tradição do universo do comércio (no Brasil, o Código Comercial foi o primeiro elaborado e publicado: 1850), razão porque as condutas normativamente reguladas eram vistas como regulamentação do comércio, nos termos da estrita esfera privatista. Daí a ideia de que as punições à violação das regras exigiriam a demonstração de que os atos e contratos provassem o dano direto aos participantes e a terceiros não participantes. A livre iniciativa era vista, assim, como direito à liberdade do agente econômico para exercer legitimamente sua atividade competitiva, quer na relação com concorrentes, quer na relação entre fornecedores e adquirentes.

Na atualidade, o mundo *comercial* e mesmo societário deu um grande passo na direção daquilo que hoje chamamos de interesse difuso, o que ocorre pela percepção de que a própria interação competitiva entre agentes econômicos constitui uma estrutura *per se*, que deve ser tomada como o bem protegido. Essa mudança, fruto inicial do trabalho dos economistas neoclássicos, essa percepção que se transfere para o mundo jurídico ao tomar-se o “comércio” como “competição”, no que as restrições provocadas pelo poder econômico passam de uma restrição aos comerciantes concorrentes a uma restrição à concorrência entre comerciantes concorrentes, toma um sentido diferente, muito mais complexo do que acontecera no passado.

Nesse ponto vale sublinhar que, mesmo nessa prática hodierna em que se insere na atualidade um direito praticado que força um progressivo distanciamento das antigas separações rígidas entre a responsabilidade *ex facto* e a responsabilidade prospectiva, a dominância de antigos esquemas permanece, como a distinção entre a responsabilidade estritamente subjetiva e a responsabilidade pelo risco – tratada como *responsabilidade subjetiva/objetiva* –, entre a função privatista da propriedade e sua função social. Ou seja, embora o direito hoje não se enquadre mais facilmente quer como direito público quer como direito privado, donde o aparecimento e o uso difundido da expressão interesse difuso e, sob a rubrica direito econômico, protegem-se tanto os direitos chamados individuais homogêneos como os individuais *stricto sensu* – as velhas categorias que ainda tentam dar conta dos problemas.

Isso, porém, não tem significado no plano da formação jurídica, um abandono de antigos instrumentos jurídicos no trato das questões privadas, como se o mundo econômico ainda devesse ater-se totalmente à subjetividade e à individualidade, por exemplo, na identificação da responsabilidade pelo dano. Numa visão persistentemente conservadora do direito, o ensino jurídico vê ainda o direito como proteção de um bem específico individualmente, sem os olhos para a atribuição de riscos prováveis, caso em que os agentes se tornam responsáveis pelas consequências prováveis e previsíveis da atividade na qual se envolvem. Trata-se de uma visão resistente à mudança, que insiste na figura clássica do *bonus pater familias*, mediante a qual o agente econômico equivalente é o *businessman* que almeja e age com previsibilidade e objetividade privadamente interessada. Como se a



proteção contra desvios (ilegalidades) se destinasse, sim, à coletividade, mas sem abrir mão do prejuízo preponderantemente individual, sem que essa dimensão econômica possa ser inteiramente subsumida, em termos de ensino, à formação jurídica. Ou seja, nas relações econômicas a percepção jurídica mais forte é ainda que são os sujeitos individualmente tomados que sofrem os prejuízos da estrutura e sofrem lesão em sua liberdade e seu patrimônio. Daí o problema de como lidar, na formação jurídica, com as assimetrias de informação implicadas, por exemplo, na análise subjetiva da culpa, mesmo quando a doutrina da causalidade objetiva exija e ganhe novos contornos.

É possível entender, então, por que, em sede de formação em Direito, a responsabilidade civil em termos denexo causal ainda reflete a própria configuração que dele se faz como uma estrutura privatística do dano. Ou seja, embora a configuração como ilícita de uma conduta em grupo seja encarada como tema inevitável, ela é vista como individualmente percebida e ensinada, donde a dificuldade de pensar juridicamente a probabilidade de sucesso como eixo da análise e, como tal, o fator que deva ser levado em conta para a fixação de consequências normativas.

Em termos de informação didática e de formação pedagógica entende-se, então, por que o treinamento em disciplinas voltadas para o raciocínio jurídico é apreciado apenas na medida em que atendam ao domínio das técnicas mais tradicionais: subsunção, classificação, sistematização; o que raramente é ministrado de forma autônoma em disciplina própria, sendo superficialmente abordado em cursos de Introdução ao Estudo do Direito e apreendido por “osmose” no correr da apresentação analítica da legislação ou em estágios.

Em consequência, uma chamada boa formação limita-se, ainda preponderantemente, à preparação de profissionais para áreas tradicionais: advocacia, ministério público, magistratura; e costuma ser medida pelo bom êxito em concursos públicos, em exames de ordem e, em centros maiores, pela receptividade de escritórios. Por isso recebe uma valoração positiva o oferecimento ao aluno de graduação de estágios conforme as diferentes inclinações profissionais.

E ainda há, nisso tudo, uma notável lacuna referente a questões de ética profissional. Não se trata, propriamente, de falta de um curso de ética, estruturado na forma de uma espécie de exposição dogmática (escolas de pensamento ético e apresentação de regras éticas vertentes sobre o exercício profissional), mas de falta de uma formação pedagógica mediante discussões dirigidas, polarizadas em torno de casos exemplares focados no direito à privacidade, o papel da mídia, a presunção de inocência, a relevância dos direitos individuais em face dos interesses difusos etc. Esses temas ficam relegados a um plano externo, “aprendidos” na “vida acadêmica” exterior aos currículos.

E a pós-graduação tende a replicar essa estrutura, sendo valorada positivamente pelos cursos de natureza especializada e pela produção de trabalhos correspondentes que se destinam a subsidiar e fortalecer aquela estrutura. Nesse contexto, a atividade de pesquisa é individual e voltada mais para uma doutrina capaz de encontrar soluções jurisprudenciais *de lege lata*, com pequena incursão em soluções *de lege ferenda*.

A formação pós-graduada com vistas à pesquisa e à docência é uma preocupação curiosamente marginal; na verdade, a pós-graduação supre (como vantagem para oriundos

de cursos de graduação de qualidade menos reconhecida) as necessidades de complementação especializada de conhecimentos profissionais.

Esse quadro – conservador – tem conhecidas consequências.

Há, sem dúvida, certo consenso crítico sobre a necessidade de adequar a estrutura tradicional às mudanças sociais e às alterações tecnológicas da atualidade. A demanda profissional não atendida (concursos públicos que não conseguem preencher suas vagas, exames de ordem de alto índice de reprovação) funciona como um padrão negativo.

Aquele tipo de preocupação conduz à exigência de aparelhamentos tecnológicos (por exemplo, computação) e de disciplinas fora do esquema legislação/doutrina/jurisprudência. Aliás, os segmentos profissionais tradicionais (advocacia empresarial, ministério público, magistratura) reforçam, de fora, essa preocupação, pela constituição de cursos, fora da formação acadêmica e após ela, voltados aos integrantes de seus próprios segmentos.

Apesar de uma indecisão valorativa quanto à necessidade de atendimento a um tipo de demanda social mediante cursos tradicionais de baixa qualidade, mas que atendem a uma população de formação carente, estabelecimento de cotas de diversos tipos, manutenção de cursos de meio período noturno, há uma consciência crítica bem avaliada da existência de insuficiências no projeto tradicional.

No entanto, esforços de mudança ou conduzem a uma perspectiva extremamente técnico-formalista dos cursos jurídicos (bem no sentido de uma ciência *aplicada*, aliás, minimalizada, e que reforça a estrutura tradicional) ou se debatem em formas de integração de difícil consecução pela falta de material pedagógico correspondente.

Acresce o problema o fato de que a maior parte das faculdades privadas tem um ostensivo interesse lucrativo. E as faculdades oficiais lutam com dificuldades de verbas, o que provoca um desestímulo à docência aliada à pesquisa como atividades exercidas em grupos de orientação. Em umas como em outras, a qualidade do corpo docente, aliada à consolidação de uma carreira, é, assim, um problema recorrente.

### **A tradição num mundo transformado**

Há algum tempo (2011), uma reportagem sobre um escritório de advocacia instalado no estado de São Paulo dava conta de que, mediante um *software* adequado, um pequeno grupo de jovens advogados era capaz de acompanhar cerca de 25 mil processos por ano, que hoje, dizem, chegariam a 300 mil. O título da reportagem era “Salsicharia jurídica”. Se, ao tempo de Bismarck, ainda era possível perguntar como eram feitas as leis (“como se fazem as salsichas”, teria dito ele), hoje talvez interesse menos saber como são feitas, mas, como elas são usadas aplicadas pelo jurista formado conforme a tradição, mas “habilitado” para um mundo tecnologicamente revolucionados. Afinal, se há um pequeno grupo de advogados capaz de acompanhar 25 mil/300 mil processos, há certamente juízes que não agem de modo diferente. Não é difícil imaginar como são tomadas decisões diante de uma enxurrada de informações, filtradas por “modelos prontos” de gabinete, cuja regra maior é “limpar a mesa” ou “tirar da frente”. Como se o “julgar” se tornasse um “gerenciar” repartido em grupos e distribuído em funções, em que a reflexão consistente é substituída

pela consulta e cola de informações. E é essa aplicação assustadoramente crescente que torna exasperante, num giro diferente, a questão da formação jurídica.

Vivenciamos hoje, por certo, uma extraordinária mudança no mundo: revolução do papel da mulher, revolução sexual, revolução da distinção público e privado. O chamado ciberespaço, nesse contexto, parece liberar-nos das amarras territoriais, das jurisdições normativas ou políticas (espaço livre de direito), da finitude de um *lugar*, ao lançar-nos na ubiquidade virtual, que afeta o tempo em termos de simultaneidade/velocidade. O que faz com que negócios jurídicos sejam efetuados sem presença física simultânea e, não obstante, com vontades confirmatórias simultâneas: cada vez mais rápido tece a aranha sua rede ao redor do mundo (*speedier and speedier webs the spider its spiderweb around the world*).<sup>5</sup>

Até poucas décadas, a família era a via pela qual a criança recebia informações sobre o mundo. A isso se acrescia a escola. Para além disso, por muito tempo, a TV e meios de comunicação tradicionais. Hoje, todas as formas de TV interativa, DVDs ou Blue-rays, consoles de *games*, celulares e a internet de modo geral são instrumentos disponíveis bem cedo à criança e ao adolescente.

Na era da informação criou-se uma saturação pelo excesso de acesso. Não há filtros, propriamente, expondo-nos a enxurradas de dados que mal conseguimos gerenciar. O que introduz uma compulsão para tirar da frente as tarefas de forma breve e até irresponsável.

O regime de ensino jurídico enfrenta esse mundo ainda com armas do passado. O que ocorre é um aumento das chamadas grades de disciplinas por semestre, num acúmulo de informações que o aluno aprende a “gerenciar” mediante a formação de grupos não de estudo, mas de distribuição de funções. Como cada um faz “pedaços” de um trabalho, o “recorta e cola” é instrumento sem controle, sendo muito provável que ao final de um curso muitos alunos sejam aprovados sem terem lido sequer os trabalhos que trazem seus nomes.

Nesse ambiente, o ensino jurídico acaba por vivenciar uma espécie de paradoxo. Apóia-se no passado para planejar o futuro. Mas de uma forma acrítica e repetitiva. Usa a produção jurídica do passado, criada numa época em que havia tempo, livros e muita leitura, mas num clima de escassez, de tempo, de livros e de leitura. O que se reflete numa formação por fragmentos de dados, com profissionais que são antes “gerenciadores” de informação com base em fórmulas prontas nos arquivos computacionais.

Curiosamente as salas de aula ainda predominam, com uma didática expositiva muitas vezes sem brilho, repetitiva de manuais, sem criação de conhecimento, em que a interação é frustrada pelo desinteresse ostensivo. Com isso, a capacidade de produzir sentido para as coisas, a habilidade de conceituar significados, de trabalhar a experiência como um sistema de crenças cognitivas, perde-se no emaranhado de informações estereotipadas.

O que se observa, afinal, é uma espécie de alienação do estudante, incapaz de se dar conta da situação imprópria do ensino oferecido, prevalecendo um silêncio e mesmo indiferença que significa uma acomodação a um ensino tido pelos professores como

---

5 *Süddeutsche Zeitung* (18.07.1995), citado por FLECHSIG, Norbert, in: *Rechtsprobleme internationaler Datennetze*. Org. de Jürgen Becker. Baden-Baden: Nomos, 1996, p. 57.

atividade secundária em suas vidas, no qual as modificações em qualquer estrutura tradicional encontram nessa apatia um enorme e relevante obstáculo. Com isso as faculdades de Direito, na proporção inversa ao número expressivo de alunos que formam, entregam “profissionais” incapazes sequer de ocupar espaços nas carreiras tradicionais.

A partir dessas considerações, é possível sintetizar, afinal, na forma de eixos problemáticos, os temas que permitem uma avaliação do estado atual da formação jurídica.

O primeiro diz respeito à capacidade de alteração da estrutura tradicional, sem quebrar-lhe os eixos principais, sob pena de formações profissionais atípicas com dificuldade de inserção no mercado de trabalho: mudança estrutural interna. O segundo tem a ver com a proposta de métodos de integração que façam do ensino e da pesquisa uma atividade metodológica compactada que não se perca em justaposições pouco fecundas de metodologias de outras ciências: metodologia. O terceiro refere-se ao desafio de provocar mudanças, em intensidade adequada, no próprio universo jurídico tradicional: mudança estrutural externa. O quarto diz com o modo como se pretende expandir o projeto em vista de uma condição carente e desfavorável da população brasileira: função social.

Com esses critérios problemáticos e com base nas premissas explicitadas, é possível examinar, ainda que em apertada síntese, os óbices enfrentados.

Em primeiro lugar, é importante reconhecer que currículos oficiais limitam, de alguma forma, qualquer mudança estrutural interna. Por mais que estejam previstas disciplinas obrigatórias e facultativas. O que exige, assim, que a mudança estrutural interna esteja antes no tratamento didático dado aos conteúdos.

No sistema tradicional, a apresentação de conteúdos é subentendida na indicação de títulos correspondentes à organização legislativa da matéria. Um esforço em alterar essa estrutura, fazendo dos conteúdos um alinhar de situações (casos), com inserção em um contexto não só normativo, bibliografia de apoio (não no sentido de manual e apostila), organização de grupos de estudo e presença do docente, desde o princípio, para apresentação e acompanhamento de desempenho, com reconhecido empenho do corpo discente em realizar de modo participativo a leitura recomenda, esbarra no modo preconceituoso com que se encara a exigência de um novo perfil profissional.

Daí o temor de que uma mudança estrutural possa antes conduzir o aluno a uma dispersão de foco nos termos da tradição. Ou seja, teme-se, no fundo, que, aplicado em uma abordagem interdisciplinar intensa, o aluno acabe por ter dificuldades de adaptação ao confrontar-se com as exigências de dogmáticas tradicionais. O que pode ser interessante e motivacional no começo, terminaria por tornar-se angustiante com o passar do tempo.

Veja-se, por exemplo, a resistência em área penal, na qual, por tradição, a legalidade estrita é uma peça incontornável, e que, diante de alguma tendência do aluno – que deveria, em princípio, estar mais voltado para as soluções dogmáticas, estritamente legais – a liberar o raciocínio na direção do contexto socioeconômico, acaba por conduzir a uma advertência para, afinal, “trazer o aluno à realidade” das bases principiológicas de uma dogmática tradicional.

O que conduz a um segundo aspecto.

Há quem defenda uma grande ênfase numa alteração do foco metodológico no que diz respeito à ostensiva inserção do estudo no contexto socioeconômico, de modo que

o direito deixe de ser visto como uma realidade *a se*.

Não que se trate de uma ênfase em métodos didáticos que reproduzam experiência de outros países (ainda que isso ocorra), mas de um esforço para a descoberta de uma metodologia compactada, em que a tradição da ciência jurídica continental (análise sistemática da legislação, teoria da interpretação, conhecimento das soluções jurisprudenciais) é mantida, mas com alteração no enfoque.

Isso é, sem dúvida, altamente positivo, com um detalhe relevante: a ênfase na pesquisa. Mas é importante assinalar a questão referente a se as aulas são ministradas com ênfase em conteúdos (aulas informativas: donde exigência de clareza, o uso de recursos didáticos etc.), inclusive quanto a casos (que funcionariam antes como *exempla docendi* para situar o aluno). Ou se haveria ênfase (também) no modo como se desenvolve o raciocínio jurídico.

Chama a atenção, nesse sentido, a produção didática voltada para dar o devido apoio ao foco tradicional, incapaz de lidar com a pressão exercida pelas expectativas da sociedade altamente informatizada de nossos dias.

Nesse ponto, é importante mencionar a correlação entre ensino e pesquisa, que, no ensino tradicional, limita-se a um engajamento fortuito e aleatório, sem uma diretriz planejada. Trazer o aluno de graduação para a pesquisa acaba por reduzir-se a uma produção na forma das chamadas “teses de láurea”, sem um modo organizado por linhas estabelecidas e efetivamente implementadas em planejamento prévio.

Esse tipo de integração, aliás, não é usual no ensino tradicional que alimenta, quando alimenta, apenas a pesquisa individual.

O trabalho interdisciplinar vem sendo perseguido no Brasil já há alguns anos no campo jurídico. Ressalvada a hipótese de uma formação prévia em ciências humanas para então dedicar-se ao trabalho com o mundo das dogmáticas jurídicas, uma metodologia de integração é ainda um desafio.

A dificuldade está em transformar a experiência interdisciplinar em plano pedagógico numa experiência profissional reconhecida. Até porque a expectativa tradicional ainda se volta majoritariamente para a produção de modelos dogmáticos capazes de resolver dogmaticamente problemas jurídicos enquanto problemas dogmáticos.

Entende-se que uma formação inovadora exigiria tomar do administrativista a excelência em direito administrativo, do civilista, a excelência em direito civil, do comerciantista, a excelência em direito comercial e assim por diante. Porém, a hipótese de discussão de “estereótipos” tradicionais (os chamados “institutos”) com conteúdo capaz de inovar a discussão dogmática dentro dela mesma e para além dela, de modo a alcançar resultados dentro das disciplinas tradicionais, vai além da introdução de “outras” abordagens. Pois, para sua repercussão na abordagem tradicional, de modo a transformar os resultados em ferramenta mesmo para o profissional formado tradicionalmente, é preciso romper com arcaísmos que ainda se enraízam fortemente na formação jurídica tradicional. Não seria outra a mensagem de Franco Montoro.

# Renascimento das ideologias & renovação da política – “politics as usual” – Paulo Ferreira da Cunha

Professor Catedrático de Direito.  
*Laureate International Universities*,  
São Paulo, bols. da FUNADESP na FADISP,  
Faculdade de Direito da Universidade do Porto.  
Do Comité *ad hoc* para a Corte Constitucional  
Internacional. Fundador da Associação Portuguesa  
de Ciência Política, Membro do Conselho Consultivo  
Nacional do “Observatório Político”, Portugal.

“[...] *manuseia tudo isso de maneira tão sutil que podemos não achar que se trata de política, mas é.*”

*Sempre – ou quase sempre – é.”*

Thomas C. Foster

## I. Ideologia: conceitos e preconceitos

O fenómeno ideológico é perene. A proclamação do seu fim, que inicialmente poderia até ter sido uma verificação de alguns consensos pontuais<sup>6</sup>, acabaria por se tornar numa arma ideológica que muito contribuiria para o desarmar de uns frente a outros. Viu-se que o pretenso apaziguamento, a confluência e a *détente* ideológica desembocaram em acordar de terríveis fantasmas adormecidos que se teme que venham a robustecer-se ainda mais. O futuro será ideológico ou não o será... Diz-se, com uma entoação por vezes eloquente e cheia de subentendidos, em certos meios, *Business as usual*, como se tal fosse a própria *fons vitae*. Na vida social, depois do choque brutal das crises sobre crises e do assalto decisivo do neoliberalismo “agressivo” ou mesmo “repressivo”, para utilizar a expressão do patriarca democrata cristão Professor Adriano Moreira<sup>7</sup>, que por momentos a todos surpreendeu (e não pouco aos próprios verdadeiros liberais ou que prezam o legado liberal), a verdade é que as coisas sempre foram, e serão, *politics as usual*. Apesar de todas as determinações infraestruturais, de capitalistas e coletivistas, a política ainda é a política.

---

6 BELL, Daniel. *The end of ideology*. Cambridge, Mass.: Harvard Univ., 1988.

7 Apud *Jornal i*, 13 jul. 2014, <http://www.ionline.pt/artigos/portugal-25-abril/adriano-moreira-portugal-esta-governado-neoliberalismo-repressivo>. Consultado em: 16 ago. 2014.

O problema é que, mesmo entre pessoas aparentemente cultas, a questão ideológica é vista, em geral, de forma muito pouco científica e ilustrada (desde logo, pouco documentada, escassamente informada no plano politológico, sociológico, histórico etc.). Os preconceitos pessoais, não raro eivados de ilusões sobre a natureza do político, e mais ainda do propriamente ideológico, contribuem poderosamente para ocultar uma realidade que move montanhas, porque é, em grande medida, uma fé.

Além de haver muitos mal-entendidos sobre a questão, avulta uma fuga ao problema. A ponto de, em muitos casos, a ideologia ser como se diz proverbialmente da “heterodoxia”: é apenas a dos outros. Os outros é que seriam ideológicos, nunca nós mesmos, que estaríamos acima dessa espécie de doença do realismo político. Do mesmo modo, os outros serão heterodoxos e nós ortodoxos, a menos que a heterodoxia, no nosso círculo e escala de valores, seja o bem e o bom\*.

Porém, apesar de haver alguns que não suportam que se fale nela (por ingenuidade, por incultura ou porque isso seria revelar o seu segredo: e falar dela é denunciá-la, expô-la), a verdade é que a ideologia é muito real, efetiva e poderosa.

A criação de uma ilusão que leva a que as pessoas ideologicamente formatadas (pelos diversos aparelhos ideológicos, desde o berço) acreditem (ainda que para alguns seja uma crença numa grande farsa), e até concorram para ela, e mesmo sonhem, é uma força prodigiosa. E quando se procura tirar o sonâmbulo da sua caverna, ele insiste que ela é o Mundo real e que o cá fora é utopia e sonho... Como alguns acariciam os seus grilhões!... – dirá o anti-ideólogo, que (por paradoxal que pareça, mas é a verdade...) dificilmente não professará, ele também, uma qualquer forma (espontânea e ingênua, certamente) de ideologia...

Ainda pior que o juízo ideológico, que depende da cor do céu terrestre (afinal a utopia, neste caso tida como eutopia, embora por vezes possa ser uma distopia) de cada um, é o julgamento moral e intelectual sobre uma medida, sobre um estilo, sobre uma pose de poder, sobre a capacidade de discernimento seja a que nível for: do homem do carimbo ao Papa dos Papas. Papini dizia que o que menos suportamos é que nos considerem estúpidos. E contudo fez o seu “elogio” (algo irônico, claro, mas fê-lo)...

O problema não é, como sabemos hoje pelos estudos sobre a “inteligência emocional”, de louvar a morte e calcar aos pés a inteligência, como no tempo de Miguel de Unamuno. O problema parece ser a substituição muito generalizada da inteligência dos animais políticos como um Churchill, ou um De Gaulle, ou um Adenauer, ou um Mitterrand por outra coisa, que mais parece oportunismo de sobrevivência, nuns, e teimosia obstinada apenas, noutros. Será que daqui a alguns anos alguns dos atores que hoje unanimemente (ou quase) se consideram mediocres virão a ser, pela *patine* do tempo e a sua complacência, mitificados como grandes políticos? Isso seria o pior veredito que se poderia vibrar sobre o sentido da História e a sua capacidade de Justiça.

---

8 Em língua portuguesa, cf. os clássicos LOURENÇO, Eduardo. *Heterodoxia*. Lisboa: Assírio & Alvim, 1987; Idem, *Heterodoxia*, II. Coimbra: Coimbra Editora, 1967.

A força do preconceito é tão grande, que foi infiltrar-se na consciência dos que achavam ser contra si, e desabrochou em novo preconceito, animado da falsa consciência (ideologia) do antipreconceito. É preciso muito sentido crítico e discernimento para ver os novos preconceitos. Eles impregnam o politicamente correto<sup>9</sup>. E o politicamente correto é a primeira das censuras ao pensamento e à sua expressão, hoje. E depois o politicamente correto é proteiforme, infiltrando-se em várias áreas ideológicas. Pode dar-se o caricato caso de um político ou intelectual ser tão politicamente correto que se vai metamorfoseando ideologicamente das esquerdas às direitas e das direitas às esquerdas consoante o timbre da correção política, por especialidades e temas. É um perigo grande para a liberdade de pensamento, sim. E à parte a boçalidade de uns tantos que disparam em todas as direções, portanto temeridade e não coragem, onde estão as posições desmistificadoras? Há um certo medo de quebrar os novos tabus.

Não é fácil distinguir o tópico acriticamente aceite como verdade intocável, sendo contudo um apriorismo, um dogmatismo, e aquela verdade, ou aproximação à verdade, que se foi decantando e acaba por ser muito generalizadamente aceite, pelo bom senso. Só o bom senso, o sentido crítico (até um certo ácido crítico e mesmo cínico pode fazer falta<sup>10</sup>) e a experiência, o teste das teorias e das teses em situações reais permitem desfazer os preconceitos<sup>11</sup>...

Quando se chega a discutir uma qualquer coisa miúda de baixa, pedestre, política da hora, esquecemo-nos que por detrás da opinião-reflexo-condicionado estão várias condicionantes: desde logo, a carteira de cada um e o respetivo conteúdo; o acúmulo de triunfos e frustrações durante a vida; a infância, a escola, o berço, e não se sabe ainda quantas gerações para trás de choro ou de riso (lembrando uma dicotomia de Agostinho da Silva<sup>12</sup>), e ainda as leituras, os amigos, os conceitos e sobretudo os preconceitos, que às vezes se escondem por detrás do que julgamos ser ciência, ou realidade, ou ideais.

Não se passam as coisas para a política muito diferentemente do que ocorrem para a Economia. No final de sua célebre *The General Theory of Employment, Interest, and Money*, afirmava já Keynes:

[...] the ideas of economists and political philosophers, both when they are right and when they are wrong, are more powerful than is commonly understood. Indeed the world is ruled by little else.

---

9 *Inter alia*, v. GUITART ESCUDERO, Maria Pilar. *Discurso Parlamentario y lenguaje políticamente correcto*. Madrid: Congreso de los Diputados, 2005; BEARD, Henri; CERF, Christopher. *Dicionário do Politicamente correto*. Trad. bras. de Vera Karam e Sérgio Karam. Intr. de Moacyr Scliar. Porto Alegre: L&PM, 1994.

10 Cf. HOLMES, Oliver Wendell. *The Path of Law*, 1897. Trad. cast. de E. A. Ruso, *La Senda del Derecho*, máx. p. 18-21.

11 Cf. as trinta teses sobre interpretação da experiência hermenêutica em PALMER, Richard E. *Hermeneutics – Interpretation Theory in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer*. Northwestern University Press, 1969. Trad. port. de Maria Luísa Ribeiro Ferreira, *Hermenêutica*. Lisboa: Edições 70, 1986, p. 243 ss.

12 SILVA, Agostinho da. A Justiça, in: *Diário de Alceste*. Nova ed. Lisboa: Ulmeiro, 1990.



Practical men, who believe themselves to be quite exempt from any intellectual influence, are usually the slaves of some defunct economist. Madmen in authority, who hear voices in the air, are distilling their frenzy from some academic scribbler of a few years back. I am sure that the power of vested interests is vastly exaggerated compared with the gradual encroachment of ideas. Not, indeed, immediately, but after a certain interval; for in the field of economic and political philosophy there are not many who are influenced by new theories after they are twenty-five or thirty years of age, so that the ideas which civil servants and politicians and even agitators apply to current events are not likely to be the newest. But, soon or late, it is ideas, not vested interests, which are dangerous for good or evil.<sup>13</sup>

Os males engendram também remédios, cuja venda alimenta a imparável máquina do consumo e da produção. Um dos remédios da moderna azáfama e alienação é a autoajuda. Mas ela necessita também de análise e desconstrução.

Tememos que muitos dos estribilhos de autoajuda e que procuram dar ânimo às pessoas que se encontram “na mó de baixo” da vida sejam apenas um paliativo das “da mó de cima” para que as demais não encontrem as escadas de acesso... “*Pobre, pero honrado*”... Mas uma é verdadeira: “O dinheiro não traz felicidade”. Não disseram foi que a sua falta é, como dizia Rabelais, “douleur non pareille”.

## II. Crise e regeneração dos partidos

Que basta estar num partido, ter cartão de dada cor, para se subir na vida e ter sinecuras é o que pensa muita gente que nunca andou pelos partidos, ou apenas aí espreitou e saiu logo. É preciso fazer justiça ao militante de base, à pessoa comum que dá realmente vida aos partidos, a cada partido. E é o fenômeno partidário, *digan lo que digan*, em geral um fenômeno social positivo. Um exemplo muito concreto de vida dos direitos, de cidadania.

Há partidos de fachada, corrupção à sua sombra, chapas de aluguel, e tudo o mais? Mudem-se as leis eleitorais, acionem-se os mecanismos legais. Pode haver desvios, erros, crimes até, mas isso são as patologias no sistema, não o sistema em si. Algumas das patologias foram identificadas por André Franco Montoro, que propunha como solução, desde logo, que se assegurasse a democraticidade interna dos partidos e a possibilidade de intervenção dos seus órgãos de base na definição de programas e na escolha dos candidatos<sup>14</sup>.

---

13 KEYNES, John Maynard. *General Theory of Employment, Interest, and Money*, 1935, ed. online de The University of Adelaide:

[http://ebooks.adelaide.edu.au/k/keynes/john\\_maynard/k44g/chapter24.html#chapter24](http://ebooks.adelaide.edu.au/k/keynes/john_maynard/k44g/chapter24.html#chapter24)

14 Cf., v.g., FRANCO MONTORO, André. A Declaração Universal dos Direitos do Homem e o direito de participar no desenvolvimento, in: *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 190.

No seu diagnóstico, de grande agudeza, três patologias são apontadas: a governamentalização partidária, a oligarquização ou subordinação dos partidos a oligarquias e a função perniciososa dos líderes carismáticos. São três doenças partidárias perenes, e por isso a necessitar de constante vigilância e medidas reativas de cidadania. Algumas delas legislativas, outras mais que isso, de iniciativa das pessoas, e sobretudo dos militantes partidários.

Neles, a nosso ver, estaria muito da esperança de regeneração partidária (apesar do carreirismo, do oportunismo, da corrupção). Por exemplo, pela via da sistemática convocação de eleições primárias, que não sendo panaceia evitariam que os aparelhismos e outros vícios, caudilhistas, de manipulação externa etc., se instalem, cristalizem, enquistem e eternizem.

Até vemos nos partidos gente abnegada, que contribui com tempo, trabalho e dinheiro, nunca reembolsados. Uns nunca chegam a cargos, outros chegam a cargos que ainda lhes pedem mais tempo, trabalho e dinheiro. Não se pense que a pequenina vaidade compensa as canseiras de tantos cidadãos com empenhamento político. É mais chique e *blasé* dizer mal, e não dar a cara, não se empenhar. Mas não tem o mesmo valor moral que a retidão em ação, pelo Bem Comum. Não tem o valor do empenhamento e do risco.

É pois uma minoria que se aproveita, nos partidos. E é muitas vezes uma roleta saber quem neles triunfa... Acreditamos que o “fura-vidas”, o “videirinho”, o oportunista, com apadrinhamentos e sorte, pode chegar mais alto. Mas há exceções, e também há as grandes quedas, que fazem os que gostam da vingança esfregar as mãos de contentes.

Há quem confunda o cair em desgraça com justiça. Justiça autêntica, sem patologias, seriam essas pessoas, que não os merecem, nunca terem conseguido subir a altos lugares. Os “perdigões de pena caída” são sempre de deplorar. Até porque o que será deles, e o que será dos que com eles se cruzem, depois da queda? Os sentimentos de ódio, despeito, vingança, podem ser terríveis. São-no, desde logo para os próprios. Mas é preciso que os demais se cuidem... E seria precisa mais vigilância e mais esperteza dos cidadãos em geral, desde logo nos momentos eleitorais, para detectar quem quase se pode apostar que prevaricará, havendo oportunidade. Pelo menos o instinto, o sexto sentido de muitos, avisa que há pessoas que não são confiáveis. Evidentemente que pode haver rematadíssimos hipócritas (atores de grande categoria no ludíbrio dos eleitorados). Mas ao menos alguns seriam de proscrever. O povo diz que na segunda ou terceira vez se cai porque se quer. Não porque se seja iludido. *Errare humanum, perseverare diabolicum.*

Uma dúvida pode assaltar o aprendiz de militante partidário, e sobretudo talvez o que, já mesmo militante, ande há alguns anos na política. Falamos do filiado honesto e “idealista”, que sempre trabalhou pela causa com abnegação, sacrifício e mesmo dispêndio material, vendo-se preterido por outros, menos esforçados, menos assíduos e que comumente seriam considerados menos instruídos, menos experientes, menos cultos, menos dedicados, e quantas vezes tão menos fiéis à ideologia apregoada pelo respectivo partido.

Afinal, será má sorte nunca se ver promovido nos cargos internos e muito menos indicado para funções de prestígio e poder externas (porque, para as corveias, a indicação é certa e segura para aqueles que prontificam a trabalhar e contribuir)? E pode insinuar-se no espírito do nosso ingênuo militante a terrível dúvida: “Por quê? Será que alguma secreta qualidade terão os demais que eu não tenha? Ou será que em vez de virtude é apenas, pelo

contrário, vício? Não será que sobem e triunfam realmente sobretudo os maus, os de alguma forma corruptos e corruptores?”

E não será então que Camões estava certo quando disse, no seu poema “Ao desconserto do mundo”:

Os bons vi sempre passar/  
No mundo graves tormentos /  
E para mais me espantar/  
Os maus vi sempre nadar /  
Em mar de contentamentos.

Cuidados redobrados e vigilância sobre si tem de ter, pois, o honesto candidato a político, dentro ou fora da política já. A desonestidade é só compensadora para os desonestos. Se uma pessoa íntegra um dia prevarica, ao contrário deles (decerto protegidos por uma divindade pérfida), será com toda a certeza severamente punida. Não se recomenda que confie na sua boa estrela. É o resto da lição do poema de Camões...

Entretanto, parece necessário que, num futuro próximo, os partidos se assumam não como substitutos de batalhões aguerridos de agenciamento de interesses, hostes ávidas de saques do Estado e da sociedade civil, mas como empenhados e altruísticas confluências de pessoas com ideias semelhantes para trabalho conjunto e organizado, dentro e fora das estruturas do poder, com vista ao Bem Comum.

Nesse sentido se torna urgente, como é natural, uma adesão de cada partido a uma ideologia. Não faz além disso muito sentido, senão por razões históricas nem sempre atendíveis e nobres, que mais que um partido, em cada ordem jurídica, se reclame precisamente da mesma ideologia.

Pode ocorrer é que um partido não tenha ideologia nenhuma, ou que tenha outra, diferente da que quer vender ao eleitorado... De qualquer fórmula, cláusulas de barreira severas certamente poderão contribuir para uma clarificação dos espectros políticos nos países em que haja uma proliferação anárquica (e confusionista) de siglas partidárias. O mesmo se diga das regras de financiamento e isenções fiscais e afins para os partidos. A ligação direta entre os benefícios (designadamente subsídios) e o volume de votos pode ser perigosa se afastar sistematicamente pequenas legendas com sentido no espectro político, mas poderá ser higiênica se puder eliminar partidos parasitários do sistema, nos casos em que permaneçam grupos sem consistência histórica, programática e ideológica, apenas à custa de verbas públicas. Uma coisa, aliás, deve ser um partido, que é uma associação política com componente pública forte, e que deve realmente pretender, seriamente, alcançar pelo menos uma fatia do poder político, e outra coisa são tertúlias, grupos de amigos, círculos de estudos, clubes, sociedades de ajuda mútua, para não falar de entidades já fora do consentido legalmente. Os partidos que realmente não estejam com seriedade votados a disputar a partilha do poder, em termos democráticos e constitucionais, melhor seria que fossem voluntariamente transformados em simples associações. Pode haver um trabalho, mesmo político, mesmo ideológico, muito nobre e relevante a desempenhar por essas associações.

Mas em suma o trabalho de regeneração e reabilitação política tem de ter três pilares: a vigilância e participação da sociedade civil não partidária (que, no limite, poderá ter que deixar as suas pantufas, como um dia disse Francisco Sá Carneiro, em Portugal, e, no caso, até militar partidariamente); a crescente reivindicação de decisão por parte dos já membros dos partidos, sobretudo os militantes de base, que não podem ser “carne para canhão” eleitoral, “coladores de cartazes” se lhes chamava outrora, designadamente reivindicando eleições primárias para os candidatos a todos os cargos públicos por parte do respectivo partido; e finalmente se tem de considerar o relevantíssimo papel do direito, como grande domesticador da “fera” livre e selvagem da política à solta. O direito terá que contribuir colocando regras que a experiência aconselha para impedir as derivas antidemocráticas e outras doenças do sistema partidário. Evitando, desde logo, a partidocracia. E só assim garantindo longevidade a uma democracia pluralista. Porque, como a História ensina, ou a democracia com partidos consegue satisfazer as exigências materiais e também espirituais (simbólicas, éticas) das sociedades, ou então será substituída por regime bem pior, como uma espécie de castigo para que, na expiação, a democracia e os partidos aprendam a ser melhores. Infelizmente, a aprendizagem é lenta. Embora se possa dizer que se tem, apesar de tudo, evoluído. A Suécia passou de regime muito corrupto a um exemplo, a muitos títulos. Portugal aprendeu as lições do algo agitado parlamentarismo da sua República Velha<sup>15</sup>, com o atual parlamentarismo moderno (a que alguns chamam semipresidencialismo, do que discordamos). E tantos exemplos se poderiam dar...

### III. Síntese e prospectiva da questão ideológica

As propostas ideológicas presentes não têm muito a ver com os rótulos em certos casos. E tudo se encontra profundamente confundido. A crise (crise geral, proverbial e sempre repetida, a ponto de se suspeitar dela, como na história de “Pedro e o lobo”) agrava a situação, mas estamos em crer que ela também se fortaleceu e expandiu por causa da falta de coerência e consistência ideológicas.

Gostaríamos (muitos gostariam, independentemente da sua própria posição, porque a democracia pluralista precisa de todos, e com posições claras no xadrez político) que houvesse verdadeiros conservadores, verdadeiros democratas cristãos, verdadeiros sociais-democratas e afins, como, apesar de tudo, continua a haver verdadeiros tradicionalistas monárquicos, verdadeiros anarquistas e verdadeiros comunistas (evidentemente, falamos dos que se não converteram, quer ao capitalismo sem freio, quer a versões sociais *soft*). De certa forma precisamos somente de mais verdade. De mais autenticidade. Não de camuflagens, de siglas de ocasião, de coligações que são casamentos de conveniência, de ideologias pseudonovas que são simples fogo de artifício etc.

Está hoje em dia tudo muito mudado, e muito pouco consistente ideologicamente. Um conservador como Churchill ainda teve ocasião de replicar algo como isto, quando lhe

---

15 Cf. o nosso livro *O essencial sobre a I República e a Constituição de 1911*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2011.

perguntaram quanto cortaria em Cultura por causa da austeridade imposta pela Segunda Guerra Mundial: “Nada! Se cortássemos na Cultura, o que nos faria lutar a seguir?”.

É evidente que para um conservador a sério a Cultura é uma coisa muito séria. Tem que ser. Nos tempos que correm, a Cultura aparece por vezes como monopólio das esquerdas, e às vezes das menos democráticas, dado o pragmatismo economicista dos moderados, de direita e de esquerda. E não esqueçamos que quem vencer a luta cultural vencerá a luta final. Por isso, também, é que há gramscianos de esquerda e de direita<sup>16</sup>... Mas a Cultura parece esquerdista até (e não simplesmente de esquerda moderada sequer; hoje em dia poucos sabem a distinção entre ser esquerdista e ser de esquerda<sup>17</sup>) porque as esquerdas da terceira via (esse monumental fracasso), os centros e as direitas se interessaram exageradamente pelo economicismo. Ficaram fascinadas com o econômico. Curiosamente, quando antes criticavam esse exagero aos marxistas-leninistas. Uma característica das ideologias é o processo de hibridização, de torna-viagem, de acoplamento universal, enfim, a grande adaptabilidade e mutação. Este é um caso.

Há mais mundo, neste *puzzle* ideológico, a que alguns chamam *chassé croisé*<sup>18</sup>. A verdade é que a associação do neoconservadorismo (nada conservador à Burke ou à Churchill) dos *neocons*, com o hiperliberalismo anarcocapitalista dos chamados “libertarians” confluiu numa vaga de fundo de “Teologia do mercado” capitaneada por R. Reagan e M. Teatcher, que partiu à conquista do mundo de velas enfunadas pelos teóricos que deglutiram a cartilha de Milton Friedman (Hayek é, apesar de tudo, de todo outro nível – basta dizer-se que estudou psicologia e era doutor em Direito: isso faz muita diferença, porque é, antes de mais, uma cultura e um método, uma disciplina de rigor mental *humanístico*<sup>19</sup>) como outrora os guerrilheiros leninistas haviam transformado *O Capital* e o *Livro Vermelho do presidente Mao* em biblias de citações e receitas prontas para qualquer problema.

É perante essa ortodoxização e mesmo teologização do chamado “neoliberalismo” que as forças de esquerda moderada, como os sociais-democratas, socialistas democráticos e trabalhistas europeus vão cair na armadilha ideológica de acreditar que as teorias do inevitabilismo economicista seriam como leis físicas inalteráveis, ou que a vaga de fundo neoliberal poderia ser cavalgada por surfistas ainda socialmente comprometidos. Foi esse

---

16 Ou havia. Cf. BENOIST Alain de et alii. *Pour un 'gramscisme de droite'*. Paris: Le Labyrinthe, 1982.

17 A qual, aliás, está patente até num título de LENIN. *Esquerdismo, doença infantil do comunismo*, 1921.

18 LANDI, Guy Rossi. *Le Chassé croisé*. Paris: Lattès, 1979.

19 É intelectualmente muito interessante a leitura de, por exemplo, HAYEK, F. A. *Droit, législation et liberté. I – Règles et ordre*. Trad. fr. Paris: PUF, 1973, e até do *opus magnum* de VON MISES, Ludwig. *Human Action. A Treatise on Economics*. Trad. fr. *L'Action Humaine. Traité d'Economie*. Paris: PUF, 1985. Nada tem a ver com a rude ignorância agitada e gananciosa de alguns, totalmente desapiedada com a sorte dos estigmatizados como “losers”. E em muitos casos esse fundamentalismo lembra o fanatismo religioso de terra queimada. Como se, realmente, houvesse uma predestinação, de pessoas e povos, para a riqueza e o poder sobre a Terra, ou para a pobreza e a servidão. Teremos que reler, com olhos de hoje, certamente, WEBER, Max. *Ueber die protestantische Ethik und den Geist des Kapitalismus*, 1920-1921, Trad. port. de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 3ª ed. Lisboa: Presença, 1990.

afastamento de si próprios que o hoje Conselheiro de Estado e grande filósofo português Eduardo Lourenço teria ocasião de dissecar, e que para nós se resume no enorme logro e rendição das chamadas “terceiras vias”<sup>20</sup>. Ora se é certo que Léon Bourgeois dissera, há já mais de um século, que os partidos sempre se revelam atrasados em relação às ideias, mais recentemente Alfredo Bosi acrescentaria que também o estão em relação às suas próprias<sup>21</sup>. Ora, em alguns casos, tratou-se não só de retrocesso ideológico, como de conversão às ideias alheias.

Mais tarde, porém, as teses do inevitabilismo neoliberal viriam a ser todas desmentidas por outros economistas<sup>22</sup>, o que permitiria o regresso do espectro ideológico à normalidade. Designadamente o *Manifesto dos economistas aterrados* procura dismantlar as teses imperantes, uma a uma, a saber:

- 1) os mercados financeiros são eficientes;
- 2) Os mercados financeiros favorecem o crescimento econômico (aliás, outra questão é o próprio mito da bondade desse crescimento – por que sempre se desejaria crescer? Há quem o ponha em causa<sup>23</sup>);
- 3) Os mercados são bons juizes da solvência financeira dos estados;
- 4) A alta excessiva da dívida pública é consequência de um excesso de gasto;
- 5) Há que reduzir os gastos para reduzir a dívida pública;
- 6) A dívida pública traslada o preço dos nossos excessos para os nossos netos;
- 7) Há que tranquilizar os mercados financeiros para financiar a dívida pública;
- 8) A União Europeia defende o modelo social europeu;
- 9) O euro é um escudo contra a crise;
- 10) A crise grega permitiu por fim avançar para um governo econômico e para uma verdadeira solidariedade europeia.

Bertrand Russell já nos sugerira a importância do problema da fraca preparação dos que não são afinal capitalistas (e capitalistas de profissão, em grande medida) para enten-

---

20 LOURENÇO, Eduardo. Esquerda na encruzilhada ou fora da História? *Finisterra. Revista de Reflexão e Crítica*, cit., p. 7-11, in *ex Público*, 18 fev. 2003, cit., p. 12.

21 BOSI, Alfredo. *Ideologia e contraideologia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

22 Por todos, ASKENAZI, Philippe et al. *Manifeste des économistes aterrés*. Paris: Les liens qui libèrent, 2010. Trad. port. *Manifesto dos economistas aterrados – Crise e dívida na Europa: 10 falsas evidências, 22 medidas para sair do impasse*. 2ª ed. port. Lisboa: Actual, 2012; COHEN, Daniel. *La prospérité du vice. Une introduction (inquiète) à l'économie*. Paris: Albin Michel, 2009; GÉNÈREUX, Jacques. *Nous, on peut! Manuel anticrise à l'usage du citoyen*. Ed. rev. e atual., 2012 (1ª ed. 2011).

23 SCHUMACHER, E. F. *Small is beautiful. Economics as if People mattered*. Londres: Blond and Briggs, 1973; TAIBO, Carlos (dir.). *Decrecimientos. Sobre lo que hay que cambiar en la vida cotidiana*. Madrid: Catarata, 2010; LATOUCHE, Serge. *Petit traité de la décroissance sereine*. Paris: Fayard, 2007. Trad. port. de Victor Silva. *Pequeno Tratado do Decrescimento Sereno*. Lisboa: Edições 70, 2011. Já noutra clave, NÓBREGA, Mailson da. Quem é desenvolvimentista? *Veja*, 26 jan. 2011, p. 22.

derem o funcionamento do capitalismo. Para saber de Finanças é preciso ser pelo menos um pouco financeiro. Só teoria não chega. Embora tenha havido exceções notáveis, como o próprio Marx – que foi sobretudo um crítico, mais um crítico que um utopista – e, mais próximo de nós, por exemplo, o prêmio Nobel Gunnar Myrdal<sup>24</sup> (aliás *ex aequo* precisamente com Hayek).

É verdade que sempre muitos quiseram ser do centro, da síntese, da moderação, da terceira via. Até em Portugal o Estado Novo assim se queria. O que não deixa de ser uma manifestação da ideologia de alguma “ex-denominação” (ocultamento ou branqueamento ideológicos) e do “nem-nem-ismo”<sup>25</sup>.

No auge da revolução portuguesa de 1974, que visava uma “via original para o socialismo”, mas um socialismo democrático, desde logo (à qual chegaram a aderir, pelo menos formalmente, até centristas e democratas-cristãos, à época, obviamente com as suas interpretações próprias), dizia-se precisamente, representando em nomes pessoais o mau socialismo e o mau capitalismo que se recusava: “Nem Kissinger nem Brejnev!”. Mas a terceira via de Blair e dos que o seguiram não foi realmente alternativa, mas mais uma variante na geral ideologia do neoliberalismo imperante.

Na Europa, mal se recupera (ainda não se recupera, realmente) ideologicamente dessa rendição dos moderados. A recuperação, em alguns países (como Portugal) parece mais prática do que teórica. Embora, evidentemente, a prática seja a melhor das teorias, se quisermos glosar uma conhecida *blague*. Mas espera-se que haja, nos vários grupos ideológicos, alguma meditação sobre o que ocorreu, que foi, essencialmente, um fenómeno parasitário hiperliberal (com aspetos estadualistas, e “corporativistas” também...) e de colonização de quase todos por essas ideias. Mercê, em grande medida, da doutrinação nas escolas de Economia, ao que parece, na enorme preponderância nos meios de comunicação por parte de opiniões nessa senda etc., o “pensamento único” converteu quase todos, apenas com matizes identitários (quase cláusulas residuais de sobrevivência, mas em geral muito pouco convincentes) que em pouco alteraram a linha geral, a vaga de fundo.

Claro que os comunistas, os marxistas-leninistas em todas as suas variantes, obviamente tinham uma vacina coletivista poderosa que impediu qualquer intromissão do neoliberalismo. Mas os moderados que não punham em causa a economia de mercado, ficaram muito contagiados. Da esquerda à direita.

Assim, as famílias conservadora e democrata-cristã, à direita ou ao centro-direita, perderam completamente (ou quase) especificidade, acabando em muitos casos por se diluir e ter de acompanhar a vanguarda neoliberal vitoriosa. O mesmo sucedendo aos velhos liberais e aos socia-democratas mais à direita (ou de direita, para usar uma classificação de Mário Sottomayour Cardia<sup>26</sup>), que paradoxalmente acabariam em alguns casos por desem-

---

24 Cf., v.g., MYRDAL, Gunnar. *The Political Element in the Development of Economic Theory*. 3ª ed. Londres: Routledge & Kegan Paul, 1961.

25 BARTHES, Roland. *Mythologies*. Paris: Seuil, 1957. Ed. port. *Mitologias*. Trad. de José Augusto Seabra. Lisboa: Edições 70, 1978, p. 133 ss.

26 Com efeito, o eticista SOTTOMAYOR CARDIA, Mário escreve no diário *Jornal de Notícias*, 10 jan. 1976: “[...] um partido social-democrata de esquerda não é um partido social-democrata de direita”. Outra

penhar o papel de principais impulsionadores de políticas desmanteladoras do Estado Social (capitalista, sem dúvida), que fora a coroa de glória internacional do chamado modelo (social) europeu. O modelo social europeu e o Estado Social, que hoje é a reivindicação de todos os que têm *solicitude social*, não deixa de ser um modelo capitalista, embora precisamente dulcificado por elementos socializantes, mas plenamente democráticos<sup>27</sup>. Bem se pode dizer que é uma forma de humanização do capitalismo.

E os sociais-democratas ou socialistas democráticos (mais à esquerda, ou de esquerda moderada), se continuaram no seu discurso geral a defender esse mesmo Estado Social (com economia social de mercado – alternativa, realmente terceira via, ao capitalismo selvagem e ao comunismo coletivista), nem sempre foram coerentes na sua defesa prática: ora porque a economia real e as finanças reais ou irrealis, mas presentes, os não deixaram ser coerentes com o seu programa e ideologia, ora porque aqui e ali se terão seduzido pelo canto de sereia do pensamento dominante, abdicando da sua “ontologia” ideológica.

Tem sido o neoliberalismo cego a pessoas, cego a valores, cego mesmo – por paradoxal que pareça – às leis da Economia, que não cresce nem se salva promovendo a miséria, que tem conduzido os países do sul da Europa, a começar pela Grécia mártir, para o abismo<sup>28</sup>. E a curto ou médio prazo poderão ser mesmo arrastados os grandes (fala-se insistentemente do perigo que alguns correm: mas podem não passar de rumores), porque a Economia internacional, mais que um sistema de vasos comunicantes, é um mesmo barco que, em maré de tempestade (como diz o coro no *Otello*, de Verdi) “ou se afunda ou vai ao céu”.

Logo que Portugal, na presente (setembro de 2016) feliz consonância de um presidente, certamente eleito sobretudo pelo eleitorado de direita e centro-direita, e um governo (e sua base de apoio), certamente eleito sobretudo por um eleitorado de esquerda e centro-esquerda, abandonou o austeritarismo imposto pelas receitas externas flageladoras (com versões internas “mais papistas que o papa”), tudo começou a melhorar, e em pouco tempo<sup>29</sup>.

Aos desenvolvimentistas secos e numéricos, se tem de opor a observação, noutra contexto, mas universalmente válida, de André Franco Montoro:

---

dicotomia é a que evoca o filósofo Eduardo Lourenço, para a refutar, entre “socialismo nórdico” e “socialismo do sul” (mas presumimos que apenas norte e sul europeus), com ligações com a ideia de “norte rico” e “sul pobre”. Cf. LOURENÇO, Eduardo. O socialismo à sombra de Hamlet, in: *O fascismo nunca existiu*. Lisboa: Dom Quixote, 1976, p. 202. Cf. ainda o nosso *Repensar a política. Ciência & ideologia*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, máx. p. 269 ss. e n. 364.

27 Para uma síntese, v.g., SUNDFELD, Caros Ari. *Fundamentos de direito público*. 5ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 54 ss.

28 Os primeiros anúncios e efeitos de crise, no Reino Unido, entraram há pelo menos uma década para o memorialismo. É esclarecedor ver como a literatura a captava já então. Por exemplo, cf. SEBALD, W. G. *Os anéis de Saturno*. Trad. port. Rio de Janeiro / São Paulo: Teorema, 2002, p. 51 ss.

29 Cf., por todos, <http://geringonca.com/2016/05/30/sucesso-de-indicadores-divulgados-pelo-ine-sugerem-recuperacao-economica/>. Consultado em: 26 set. 2016.



Desenvolvimento é progresso das populações, *Populorum Progressio*, como lembra o título da conhecida encíclica de Paulo VI. Os indicadores do desenvolvimento social são os níveis de salário, habitação, alimentação, saúde, previdência social e demais indicadores da distribuição da renda nacional<sup>30</sup>.

Contudo, mesmo nos mais cegos e frios padrões economicistas se verificam melhorias quando, muito simplesmente, a Economia consegue aquecer, pela via de maior poder de compra. E da presença do fator psicológico fundamental da confiança e esperança no Futuro. Sem confiança, sem esperança, o plano inclinado abre-se debaixo dos pés até das sociedades mais ricas... *A austera, apagada e vil tristeza* de que fala Camões é que é o maior inimigo da grandeza dos povos. Sacrificios até são capazes de fazer, se tiverem a animá-los um suplemente de alma. E aí entra de novo a ideologia.

Realmente nada destas coisas, tão complexas e dolorosas por vezes, é feito sem ideologia. Pode parecer que ela não existe, como a um violinista virtuoso ouvimos e julgamos, iludidos, que toda aquela beleza não é senão inspiração e arte em estado puro. Quando por detrás estão horas e horas de muito treino e estudo, e uma pauta com notas rigorosamente anotadas e decoradas. E executadas, em treino, vezes sem conta. São os 99% de transpiração sem os quais o 1% de inspiração fica no diletantismo estéril. O qual só é premiado quando se tem grandes apadrinhamentos.

Estamos, pois, em bom tempo de compreender que o anúncio da morte das ideologias foi, como diria Mark Twain sobre a sua própria morte anunciada, deveras exagerado. Elas sempre aí estiveram, embora a ideologia hoje ainda dominante, o neoliberalismo, queira fazer-se passar por verdade científica e não ideológica<sup>31</sup>, como, aliás, outras antes dele o pretenderam, como o positivismo e o marxismo. Mas desde o *Manifesto dos economistas aterrados*<sup>32</sup>, ao seguinte manifesto de Alan Blinder, Joseph Stiglitz, Robert Reich, Richard Parker, Derek Shearer, Laura Tyson, Sir Harold Evans, e outros<sup>33</sup>, entende-se já que não há uma só Economia, e que não apenas um tipo de economistas. Isso é um alívio. Porque arregimentar uma ciência ao serviço de um unilateralismo ideológico seria depor as armas perante um totalitarismo perigosíssimo.

---

30 FRANCO MONTORO, André. O problema do desenvolvimento brasileiro e o colonialismo cultural, in: *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva/Editora Revista dos Tribunais, 1981, p. 18.

31 Em geral, os liberais, mesmo os clássicos, fogem ao rótulo ideológico. Cf. MACIEL DE BARROS, Roque Spencer. Liberalismo e Ideologia, in: *Estudos liberais*. São Paulo: T. A. Queiroz, 1972, p. 91. Note-se até que muitos deles não se apresentaram como tais, o que certamente colocará alguns problemas à alimentação do “álbum de glórias” do sítio da internet da Internacional Liberal, em que se apresenta uma galeria de grandes pensadores liberais.

32 ASKENAZI, Philippe et al. *Manifeste des économistes atterrés*, cit.

33 “Stimulus Now”, <http://politifi.com/news/Stimulus-Now-A-Manifesto-by-Harry-Evans-Joseph-Stiglitz-Alan-Blinder-Other-Leaders-946540.html> Consultado em: 4 nov. 2012.

Há muitas formas de ser capitalista, ou socialista, ou algo entre uma coisa e a outra. E pode vir a haver novas soluções que reequacionem o problema. A História realmente está sempre em aberto. Não há fim da História de nenhum tipo<sup>34</sup>. Uma das velhas e novas soluções de moderação é a Economia social de mercado.

A Economia social de mercado, a economia de mercado regulada efetivamente (não anárquica), é irmã gêmea do Estado Social (que nada tem a ver com o Estado Providência, o Estado-padrão etc. do “Capitalismo de Estado”, a que alguns, sobretudo nos EUA, chamam errônea e ideologicamente, como labéu lateralizador de efeitos, “socialismo”).

A expressão “capitalismo” é um tanto tabu na Europa. E só não é tabu na Europa para quem conhece muito a História Econômica e a das Ideias, ou, de outra banda, quem aderiu a um capitalismo desumanizado, e se jacta de tanto. Embora este último descomplexado usar da expressão seja recente... Mas compreende-se muito bem o que se passa quando se navega entre as conotações e as denotações com atenção e cuidado.

A doutrina social da Igreja, plasmada em múltiplas Encíclicas, tem preferido outras fórmulas. Para citar apenas um exemplo, na Encíclica *Centesimus Annus*, o papa João Paulo II, usando também a nomenclatura anglo-saxônica à mistura com a propaganda da Europa de Leste (que criara a expressão “socialismo real”), afirma ser “inaceitável que a derrota do chamado ‘Socialismo Real’ nos deixe o capitalismo como único modelo de organização econômica” (nº 35).

Ora nem o “socialismo real” é socialismo no novo sentido social-democrata e trabalhista, nem o capitalismo é apenas um único... Mas compreende-se bem a mensagem: nem coletivismo, nem hiperindividualismo da ganância e da falta de solidariedade. Isso seria contrário à mensagem dos Evangelhos...

Os próceres desse capitalismo desumano, criticados por João Paulo II, e de novo verberados em documentos posteriores do Vaticano sobre a crise atual (ainda no pontificado de Bento XVI), têm-se revelado tanto ou mais empedernidos no seu dogma quanto os velhos leninistas-estalinistas. Poderá o mundo voar em estilhaços que continuarão a pensar que a solidariedade, e mais ainda a fraternidade, são não só palavras vãs como vetores subversivos.

Entretanto, uma voz que se tem erguido poderosamente e cheia de autoridade, prestígio e até comoção internacional muito positiva é a do papa Francisco, que tem resgatado a mais genuína lição da Doutrina Social da Igreja, adaptando-a aos momentos críticos muito agudos do presente. Sobretudo a sua exortação apostólica *Evangelii Gaudium*, no início do Pontificado é, para além dos aspetos pastorais, um grande agitar das consciências de todos os Homens e Mulheres de Boa Vontade. Numa linha obviamente democrática e social<sup>35</sup>...

---

34 Nunca pensamos que tivesse razão nem algum pós-modernismo sentencioso e profético, nem FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man*. Trad. port. de Maria Goes. *O fim da História e o último homem*. Lisboa: Gradiva, 1992.

35 Cf., para mais desenvolvimentos e comentários, os nossos artigos: *A Evangelii Gaudium no contexto da doutrina social da Igreja. Uma leitura juspolítica. Humanistica e Teologia*, 35(1), 2014, p. 289 ss.; e *Da doutrina social do papa Francisco na exortação apostólica Evangelii Gaudium. International Studies on Law and Education*, n. 18 (2014), p. 25 ss.

É assim que está na hora de surgirem as reais “terceiras vias”, a que deveremos certamente chamar outra coisa, para não confundir. E elas são muitas e solidárias. Desde logo, as mais tradicionais, e que reconstruíram a Europa depois da catástrofe da Segunda Guerra Mundial: a democracia cristã (e suas margens) e a social-democracia (que no sul da Europa se chama mais “socialismo democrático”), com o apoio pontual de outros, como republicanos, radicais, e mesmo sociais-liberais, que são bem diferentes dos neoliberais<sup>36</sup>.

A urgente salvação do mundo e de uma Europa que se arrisca a estar à beira de novas ditaduras (ventos de Leste sopram como perigo, e mesmo na Europa Ocidental se avoluma os fatores de risco) só poderá passar por enorme abraço de fraternidade internacional, em que renasçam, renovadas, ideologias clássicas: o conservador prudente e apegado a valores seguros, o democrata cristão socialmente empenhado e igualmente preocupado com valores, o social-democrata previdente e amigo dos trabalhadores, o trabalhista ou socialista democrático comprometido com os mais desfavorecidos etc. etc., mas intransigentes todos na defesa da democracia política e representativa. E essa confluência bem se viu, por exemplo, no rescaldo da Revolução dos Cravos de 25 de abril de 1974, em Portugal. Ora a novidade mais recente é que parece que a renovação pode também chegar aos socialistas revolucionários, aos vários matizes de coletivistas, aos anarquistas, aos tradicionalistas, que afinal todos confluíram no escândalo conjunto contra as políticas de terra queimada no plano social. O fundamentalismo parece estar a chegar ao fim nos mais inteligentes, e pragmáticos, seja qual for o seu quadrante político e ideológico. Isso são muito boas notícias. Porque deixa de existir uma oposição radical entre os que podem e os que não podem aspirar a contribuir para a governação. Aceitando doravante as regras do jogo do Estado Constitucional, todos podem, independentemente das suas histórias passadas, aspirar a colaborar e a governar.

Nesse sentido, haverá um recuo ideológico? Temos que distinguir. Pode parecer que sim, porque antes seriam impensáveis algumas coligações. Mas pode haver uma síntese por superação. “O que se eleva confluí inevitavelmente”, dizia o padre Teilhard de Chardin<sup>37</sup>. E se velhas ideologias se pudessem elevar, para dar as mãos, pontualmente, sem abdicar das suas utopias respetivas?

Há, além dos partidos e dos seus líderes, um trabalho imenso a fazer na sociedade, com os cidadãos. O que há a fazer antes de mais e sem demora é investir muito na educação profunda e humanística, cívica e integral das pessoas, para que sejam verdadeiros cidadãos.

Esse foi o grande *déficit* das democracias até hoje, que muito se vulnerabilizaram perante a força dos fanatismos de todos os tipos, aí avultando os que se escudam perante o dogma indiscutível de ideologias que utilizam um discurso legitimador religioso. Ora só quando cada cidadão for razoavelmente imune a qualquer tipo de manipulação (ao menos à manipulação grosseira), e isso só se consegue por educação, familiar, escolar e na comunicação social (como seria desejável que esses três pilares confluíssem nessa educação, e não na deseducação e alienação!), é que poderá estar a democracia tranquila. Há em alguns

---

36 *Mutatis mutandis*, atente-se neste título: SARDENBERG, Carlos Alberto. *Neoliberal, não. Liberal. Para entender o Brasil de hoje e de amanhã*. São Paulo: Globo, CBN, 2008.

37 CHARDIN, Teilhard de. Conferência em 8 de março de 1947.

democratas já uma resignação ante uma pretensa lei histórica que tornaria inevitável o regresso das ditaduras. Há que recusar com vigor essa modorra conformista. Pelo menos, há que fazer recuar o mais possível a vinda de nova vaga ditatorial. É possível defender a democracia. E explicar a jovens, tantas vezes sonâmbulos e *blasés*, que vale a pena vivê-la, reinventá-la e lutar por ela.

E novas ideologias se devem desprender de antigas companhias e enquistamentos setoriais: defensores da natureza, ecologistas, defensores dos animais, dos doentes, dos aposentados, dos contribuintes, das mulheres, das regiões, das etnias, das línguas, de grupos segregados de vária ordem etc. As possibilidades são muitas, embora por vezes as hibridações, alianças e práticas dos que se apresentam como novos frequentemente deixem a desejar, por se parecerem demais com alguns dos menos apelativos traços de coisas antigas. Mas espera-se que sejam apenas primeiros passos, e que com o tempo haja mais ânimo, mais força, mais autonomia e mais imaginação.

Além disso, no que tange os novos fenômenos políticos, ter-se-á que ponderar muito seriamente e com distanciamento em que medida uma ideologia não precisa de ser uma metanarrativa global, e não um discurso de defesa de interesses, legítimos, mas parcelares.

Não cremos nada que tenha razão (e muito menos para todo o sempre) o vaticínio de Lyotard e de tantos pós-modernos seus sucessores com intenções políticas mais ou menos subentendidas, para quem morreram as metanarrativas<sup>38</sup>. Jameson, em prefácio à obra capital daquele renomadíssimo autor<sup>39</sup>, contrariava já a ideia desta outra forma de “fim da História”. Não: outra História é possível e o TINA, *There is no Alternative*, é um *slogan* altamente ideológico e totalitário. Pelo contrário, a Modernidade, o Iluminismo, assim como o Cristianismo, estão vivos, e de alguma forma clamam pela desforra histórica. Eles e os seus herdeiros.

Muita água correrá ainda sob a ponte.

Lembremos só um exemplo: nesta panóplia de novas ideias, com os pés fincados em doutrinas clássicas, vemos o “capitalismo humanista” como um genuíno produto brasileiro<sup>40</sup>, criativo, polissêmico, sincrético, e capaz, por isso, de muitas e variadas adesões e voos. Vemo-lo não isoladamente, mas na ampla frente das pessoas e ideias de boa vontade que têm de pensar um Mundo de Paz e de Fraternidade.

Há muitas novidades a despontar... Infelizmente, há quem apenas veja o que é velho, ou o que lhe agrada ou desagrade de forma mais imediata e primária. E se quem vê

---

38 LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne*. Paris: Minuit, 1979. Trad. port. *A condição pós-moderna*. Rio de Janeiro: José Olímpio, 2008.

39 JAMESON, Fredric. Prefácio a *The Postmodern Condition: Report on Knowledge*. Minneapolis: The Univ. of Minnesota Press, 1984, p. XXIII.

40 SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista. Filosofia humanista de direito econômico*. Petrópolis: KBR, 2011. Em contrapartida, a questão da moralidade do capitalismo é posta em causa (embora sempre dependa do que se entende por capitalismo...): cf., v.g., COMTE-SPONVILLE, André. *Le capitalisme est-il moral?* Paris: Albin Michel, 2004. Trad. port. de Eduardo Brandão. *O capitalismo é moral?* São Paulo: Martins Fontes, 2005. Sobre o «neoliberalismo moral», cf. VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e os seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 29 ss.

é quem mostra, vemos apenas o que nos mostram. Felizmente que vai havendo novas mostras das realidades, como as redes sociais, os *blogues*, e tudo o que não tem dono e controle pelo menos evidente e aparente, e pelo menos por agora.

Não será, porém, apenas nos domínios ideológicos que essas ideias todas, pela própria força das coisas, uma espécie de força da gravidade da História, deverão substituir o atual *politicamente correto e pensamento único*. Isso seria já muito boa notícia. Pensamos também que o direito se encontra no dealbar de uma nova idade.

Depois do direito objetivo dos romanos, do direito dos Quirites, *plena in re potestas*, e do direito subjetivo da Modernidade, que se foi sedimentando à sombra desse nominalismo<sup>41</sup> (de que *O nome da rosa*, de Umberto Eco<sup>42</sup> nos dá interessante e profano eco), é chegada a hora de trabalhar por um direito também ele de rosto humano. Um direito também *discreto* (como há mais de trinta anos anunciávamos) e *sutil*<sup>43</sup>.

A par de uma economia livre humanizada (independentemente do nome e das suas conotações), outra revolução está a caminho de realizar-se – e para ela essa perspectiva sem dúvida muito contribuirá – a do Direito Fraterno Humanista<sup>44</sup>. E o Direito Fraterno Humanista tem no direito natural (que, por exemplo, embasa também o eclético “capitalismo humanista”, a que aludimos) e nos direitos humanos, como diz Francisco Puy, sua linguagem hodierna<sup>45</sup>, o seu principal vetor, hoje: espécie de profeta do que poderá vir a ser o Direito de amanhã.

Um novo paradigma para a juridicidade, baseado nessa liberdade que, como diz Boutros-Ghali, implica a dignidade (*karama*)<sup>46</sup>, nessa igualdade que não é igualitarismo nem leito de Procusta, e na fraternidade que vê no rosto do outro (e o rosto é a Pessoa, como

---

41 Cf., por todos, VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Paris: Montchrestien, 1975. Nova ed. Paris: PUF, 2003, máx. p. 202 ss.; Idem. *Estudios en torno de la noción de Derecho subjetivo*. Trad. cast. Presentación de Alejandro Guzmán Brito. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976.

42 ECO, Umberto. *Il Nome della Rosa*. Milano: Bompiani, 1980. Trad. port. de Maria Celeste Pinto. *O nome da rosa*. 5ª ed. Lisboa: Difel, 1984; Idem. *Porquê “O Nome da Rosa”?* Trad. port. de Maria Luísa Rodrigues de Freitas. Lisboa: Difel, s/d.

43 V. o nosso livro *Introdução à Teoria do Direito*. Porto: Rés, s.d., p. 33 ss.; v. o nosso recente artigo: *Direito sutil. Estado de Direito*, Brasil (Porto Alegre), set. 2016, nº 50.

44 Cf., desde logo, AYRES DE BRITTO, Carlos. *O humanismo como categoria constitucional*, cit.; CARNEIRO, Maria Francisca. *Direito, estética e arte de julgar*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2008. E o nosso livro *Direito fraterno*, em preparação.

45 “*Cuando digo que los derechos humanos son el derecho natural de nuestro tiempo, lo que digo es que son una y misma cosa — como el fútbol e el balompié —. Y nada más. Los antropodikeos son el derecho natural de rostro actual que puede entender nuestro mundo. Y la teoría de los derechos humanos es así la ciencia del derecho natural más comprensible para el público actual. [...] La experiencia me avisa de que, o utilizamos ese canal, o cortamos la comunicación con el derecho natural*”, afirma, com efeito, PUY, Francisco. *Derechos Humanos*, vol. III. *Derechos Políticos*. Santiago de Compostela: Imprenta Paredes, 1985, p. 359.

46 BOUTROSS-GAHLI, Boutros. In: VON BARLOEWEN, Constantin (org.). *Le livre des savoirs*. Trad. port. de Luís Filipe Sarmento. *O livro dos saberes. Conversas com os grandes espíritos do nosso tempo*. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 47 ss.

ensinou Levinas<sup>47</sup>), um verdadeiro irmão e uma verdadeira irmã. Sendo, portanto, a Fraternidade a chave da renovação jurídica e política, não permitindo *nem liberdade sem pão, nem pão sem liberdade*. Aliás, o sabor de uma e de outro só são plenos na partilha fraterna.

Temos vivido tempos de guerra, de ganância. Quando o próprio ganancioso (individual ou coletivo) cairá em si e se dará conta que a sua riqueza e o seu poderio não têm o sabor de plenitude senão quando são partilhados com o próximo? Há um trecho muito interessante de Simone Weil, num belíssimo livro, cheio de erudição viva e luminosa sabedoria, que nos recorda este problema:

Assim a violência esmaga aqueles que toca. Acaba por parecer exterior àquele que a manipula como àquele que a sofre; nasce então a ideia de um destino sob o qual carrasco e vítimas são igualmente inocentes, os vencedores e os vencidos irmãos na mesma miséria. O vencido é causa de desgraça para o vencedor, assim como o vencedor para o vencido.<sup>48</sup>

Será um longo caminho a percorrer até que se possa superar esse sinalagma infernal, tão aparentemente cármico. Mas *largos dias têm cem anos...* E a História não vai acabar, nem as ideologias.

---

47 V., por todos, LEVINAS, Emmanuel. *L'autre, utopie et justice*, entretien avec..., *Autrement*, nº 102, nov. 1988, p. 53 ss.

48 WEIL, Simone. *La Source Grecque*. Paris: Gallimard, 1953. Trad. port. de Filipe Jarro. *A fonte grega*. 1ª reimp. Lisboa: Cotovia, 2014, p. 24.

# O direito entre a violência e a justiça – Willis Santiago Guerra Filho

Professor Titular do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Professor Permanente no Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutor em Direito pela Universidade de Bielefeld (Alemanha). Doutor e Pós-Doutor em Filosofia pelo IFCS da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-Docente em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Para o positivismo jurídico normativista ainda predominante, de corte kelseneano, a ordem jurídica, a que se reduz o direito e o Estado em sociedades “evoluídas”, aquelas modernas, é concebida como uma “ordem coativa” (*Zwangsordnung*), sendo coação um termo mais brando para referir à violência, quando associada com tal ordem jurídica, cuja legitimidade, de acordo com lição clássica de Max Weber, decorreria da legalidade e procedimentos correspondentes – pelo menos formalmente, sendo este o ângulo que interessaria ao estudo científico do direito como Kelsen, sabidamente, propugnava que se o empreendesse. É interessante notar essa coincidência entre o positivismo normativista, que se pretendia purificado de qualquer noção extrajurídica, com uma perspectiva, igualmente positivista, porém sociológica. E essa não é a única remissão que se encontra na teoria pura do direito à dimensão sociológica, pois o próprio conceito de validade das normas jurídicas e da ordem jurídica como um todo a que elas pertencem, adotado por esta teoria, estritamente formal, correspondente à existência mesma dessas normas do direito positivo, depende de um “mínimo de eficácia”, de acatamento fático e obediência regular.<sup>49</sup> Já com um “mínimo de justiça” não se preocupa tal teoria, em conformidade com verdadeiros mitos, como o da objetividade científica e neutralidade axiológica, sobre os quais se erige, imperceptivelmente, supondo com isso superar modos “primitivos” de pensamento, dominados por uma crença mágica no poder encantatório das palavras, vindo a perceber só muito mais tarde, quase tarde demais, que toda sua construção da ordem jurídica escalonada e justificada por uma norma hipotética fundamental,<sup>50</sup> não passava de mais uma ficção,<sup>51</sup> sendo o correspondente direito uma ficção coletiva, coercitiva, por jurídica, típica da modernidade.

De uma perspectiva filosófica, contudo, podemos – e, a meu ver, devemos – nos ocupar dessas questões, que não são consideradas aptas a um tratamento científico, de acordo com o padrão ou paradigma predominante na modernidade, aquele positivista, com base no qual se desenvolveu uma crença, não assumida como tal, na possibilidade de atingir uma verdade definitiva, desde que abdicando de uma certa dimensão dos problemas,

---

49 Cf. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*. 2ª ed. Viena: Springer, 1960, p. 208, 216 ss.

50 Cf. Hans Kelsen, *ib.*, p. 206 ss.

51 Cf. *Idem*, *Teoria Geral das Normas*, trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Fabris, 1986, nº 6, let. a, p.

precisamente aquela que mais nos diz respeito, enquanto sujeitos humanos, afligidos por tais questões, sobre o valor e o sentido de nossa existência. Não é nosso objetivo aqui o tema da epistemologia, mas também não é de se considerar sem conexão a filosofia da ciência e a filosofia política, assim como a ética e a filosofia do direito, como bem demonstram trabalhos de epistemólogos contemporâneos dos mais acatados, como “Sir” Karl Popper, além de Thomas Kuhn, cujo título de sua principal obra, *A estrutura das revoluções científicas*, já anuncia a conexão entre os fenômenos políticos e científicos, conexão esta explorada à saciedade por Paul Feyerabend, especialmente na sua obra mais conhecida, *Contra o método: Esboço de uma teoria anarquista do conhecimento*. Há, portanto, uma modificação a ser feita no próprio modelo de ciência jurídica, para torná-lo adequado a uma concepção do direito comprometida ética e politicamente com a sustentação e promoção da subjetividade humana, nos quadros de uma ideologia que se mostre compatível com sua diversidade e pluralismos, aquela que é aberta e se reconhece provisória, inacabada, um processo em desenvolvimento: a democracia. É ao que venho procurando contribuir, especialmente em obras como *Teoria Processual da Constituição, Processo Constitucional e Direitos Fundamentais* e *Teoria da Ciência Jurídica*.<sup>52</sup> No momento, cumpre-nos manter a atenção na temática que ora nos ocupa. E para isso, retomemos as lições clássicas de Max Weber, quando após a apresentação dos tipos de legitimação do poder, tidos como justificações internas para a obediência e a sujeição aos que o exercem, essa obediência se diz “determinada pelos motivos bastante fortes do medo e esperança – medo da vingança dos poderes mágicos do detentor do poder, esperança de recompensa neste mundo ou no outro – e, além de tudo isso, pelos mais variados interesses”.<sup>53</sup> Aqui nos defrontamos com a justificação para o respeito ao direito e ao Estado que foi dada por autores fundadores do pensamento político moderno, utilitarista e positivista, como Maquiavel e Hobbes.<sup>54</sup> Ocorre que com tais argumentos, meramente fáticos, não justificamos, nem sequer explicamos, satisfatoriamente, por que haveríamos de nos submeter à violência organizada juridicamente, e com exclusividade, pelo simples fato de ser a violência proveniente do Estado, sem a ela nos contrapormos, preterindo-o em favor de alguma outra forma de associação e identificação, ainda que muito menor e menos poderosa, mas que melhor nos contemplasse em relação a nossos interesses e esperanças, até para vencer o medo, inclusive do próprio Estado. E realmente o que presenciamos no momento é a ubiquidade da violência, em todos os planos e espaços de convivência, desde a família, passando pela comunidade em

---

52 Willis Santiago Guerra Filho. *Teoria Processual da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS, 2007; Idem, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: RCS, 2007; Idem, *Teoria da Ciência Jurídica*. 2ª ed. Col. Henrique Garbellini Carnio. São Paulo: Saraiva, 2009.

53 *Ensaio de Sociologia*, 3ª ed., trad. Waltensir Dutra, rev. téc. Fernando Henrique Cardoso. Rio de Janeiro: Cultrix, 1974, p. 98. Para uma apresentação do pensamento de Weber, no contexto da teoria social do direito, cf. Willis Santiago Guerra Filho; Henrique Garbellini Carnio. *Introdução à Sociologia do Direito*. São Paulo: RT, 2016, p. 195 ss.

54 Cf., para um maior desenvolvimento, Willis Santiago Guerra Filho. *Teoria Política do Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000 (2ª ed. em coautoria com Henrique Garbellini Carnio. São Paulo: RT, 2014).



que se mora, desde as menores até as grandes cidades, para atingir a escala planetária, onde atuam Estados e organizações paraestatais que não se limitam a exercer a violência em determinado território. Eis o tema urgente a ser enfrentado, mais do que qualquer outro, na interseção entre filosofia política e jurídica, para que uma regulamentação possível da nossa estada nessa vida como humanos, ou seja, uma verdadeira *oikonomia* (de *oikos*, “casa”, e *nomia*, “regramento”). Entendamos, primeiro, como se situa a violência, em face do poder e do direito, para em seguida situá-la, assim como o poder e o direito, em face do ser em que os três encontram seu fundamento, considerando que sequer haveria, propriamente, se este ser não existisse: o ser que somos, os humanos.

Pelo que já se vem desenvolvendo até aqui, pode-se propor uma concepção do direito como uma forma, cujo conteúdo seria o poder, por ser de onde o direito obtém sustentação, e que a ele imporia seus contornos, moldando-o para melhor e mais eficazmente ser exercido. Valendo-nos da lógica das formas, desenvolvida por G. Spencer-Brown em *Laws of Forms* (1ª ed. 1971),<sup>55</sup> feita a distinção entre poder e direito, como forma e conteúdo um do outro, verso e reverso do mesmo conceito, reintroduzindo-se essa distinção em cada um dos lados desse conceito, obtém-se uma noção em que o direito aparece como conteúdo de uma forma superior e o poder como forma de um conteúdo inferior. Essa forma superior do direito seria a justiça, enquanto o conteúdo inferior do poder seria a violência. O direito, nessa configuração, se apresenta em um estado de tensão permanente entre o ideal de justiça, jamais realizado – ao menos, abstratamente, como a verdade, que é a forma da justiça, sendo também ela um ideal regulador, para os que a buscam, seja pela ciência, seja pela filosofia –, e a realidade da violência, instauradora e mantenedora do direito, na qual se ampara o poder, poder de pôr e impor o direito, sendo a violência a forma cujo conteúdo é o sofrimento causado a um sujeito, passivo, por outro sujeito, ativo, para sujeitá-lo à simples violência de uma vontade de poder, de um desejo de sujeição para tentar suprir uma carência de ser, própria desse ser ficcional, artificioso, desejante, por incompleto, que somos os humanos, enquanto seres terrestres, o húmido da terra, mundanos. É assim que o direito pode ser atraído – e traído – pela força, negativa, malévola, desse meio e instrumento por excelência do poder que é a violência, materializada em corpos legislativos e de funcionários a serviço de uma legislação, desde os mais altos, agindo ou omitindo-se de maneira que autorize a violência, até os que praticam concretamente os atos de violência, como as corporações policiais. A ideia do direito, o “espírito das leis”, contudo, é a justiça, esse elemento sutil que anima o direito, para torná-lo propriamente correto, podendo se manifestar em situações concretas, desde que saibamos como partejá-la, repartindo adequada e proporcionalmente com os envolvidos o que naquele momento e desde antes lhes seja devido, em respeito à sua dignidade e igualdade de sujeitos às dores e sofrimentos dos que se sabem finitos no infinito insabido. O direito, então, entre o real da violência, que é atual, e o ideal da justiça, que é eterno, seria a possibilidade, junto ao poder, o potencial, de suprimir cada vez mais a violência, nas relações humanas, para torná-las, propriamente, isso: uma relação proporcional entre seres dotados de humanidade, com-paixão, uns pelos

---

55 Para uma introdução, cf. Willis Santiago Guerra Filho. *Teoria da Ciência Jurídica*, cit., p. 175 ss.

outros e, até, por outros seres, que mesmo sem ser humanos, nos emocionam e afetam, ao nos mostrar tudo o que não somos e nos ultrapassa, existindo também.<sup>56</sup>

O que nos parece urgente é que se reconheça o quanto o direito e o poder que por seu intermédio é exercido vêm gerando violência, nessa sociedade a um só tempo extremamente produtiva e destrutiva, em escala planetária, que se formou no ocidente, na modernidade, espalhando-se por todo o mundo. E isso não apenas por ser a condição mesma de seu funcionamento, para dizer ainda uma vez com Max Weber, o “processo de apropriação política”,<sup>57</sup> que resultou na profissionalização dos que se dedicam ao acúmulo de poder, tal como os que justificam a própria existência pelo acúmulo indefinido de riqueza, dispensando-se a todos de qualquer sacrifício, à diferença do que ocorre em qualquer outro tipo de sociedade, aquelas que a modernidade só reconhece como formas inacabadas dela mesma, em estágios primitivos de seu próprio desenvolvimento, um desenvolvimento que, ao contrário do que se pensava – e à maioria ainda parece pensar, se é que ainda pensa mesmo – cada vez se nos apresenta como tendo por etapa final a destruição da humanidade, ao invés da sua redenção – e assim, talvez, destruição também de tudo o mais que compõe esse planeta singular em que nos encontramos, com esse conjunto de singularidades, improbabilidades mesmo, que como por um milagre propiciou a vida inteligente, autoconsciente.

O direito moderno, então, vai pretender romper com qualquer justificação de si em termos sacramentais – e sacrificiais, pois onde se reconhece o sagrado (que não precisa ter a forma de alguma divindade) há temor e respeito por ele, havendo também sacrifícios para aplacá-lo –, passando o direito, assim como a ética e até as religiões, a se justificarem apenas – ou o quanto possível –, tal como as ciências, racionalmente, considerando serem essas faculdades racionais o que nos igualaria a todos, assim como a todos permitiria reconhecer e fazer o que lhe era exigido por uma ordem normativa voltada para o seu benefício. Em sendo assim, fica sem justificativa a enorme e crescente desigualdade que aflige a tantos dos que são reconhecidos e se reconhecem como, igualmente, sujeitos de direitos, e de tantos direitos, assim como são tantos os desejos produzidos em uma sociedade voltada para o estímulo ao consumo de uma produção excessiva, que não se justifica, se não, por esse mesmo consumo, incessante. O resultado dessa escalada de direitos e desejos insatisfeitos é a produção de violência na tentativa de satisfazê-los, com reações violentas por parte dos que querem continuar gozando do que já possuem e buscando mais, sempre mais e ainda mais, infinitamente. Como já Hobbes, em seu *Leviathan* (1ª ed. 1651), nos alertara, *sendo os seres humanos, como de fato o são, governados por suas paixões, por natureza ilimitadas, e sendo capazes, ainda por cima, de, mediante o uso de sua razão, calcular as consequências boas ou más de ações que visem à satisfação daquelas paixões – se admitidas tais premissas, então ou haverá um poder superior suficientemente forte para manter a todos em respeito mútuo, ou eles tenderão necessariamente a destruir-se uns aos outros.*

---

56 Tal concepção transfigurada do direito é o que se pode encontrar em propostas sobre ele de autores como Nietzsche, Benjamin, Foucault e Agamben – cf., a respeito, Oswaldo Giacoia Jr. *Nietzsche: o humano como memória e como promessa*. 2ª ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2013, cap. II, p. 60 ss., esp. p. 106 em diante, até o final.

57 Idem, p. 103.

Este poder, em todas as sociedades que se tem notícia, com exceção daquelas surgidas na modernidade, é um poder que se ampara em uma força superior, a “justiça divina”, de que nos fala Walter Benjamin ao final de seu ensaio primoroso “Sobre a crítica da violência” (e do Poder! – *Gewalt*), e não na força inferior, que é a violência mesma. René Girard, em *A violência e o sagrado* (1972), sustenta a tese de que só o sacrifício de alguém, o “bode expiatório”, pode catalisar a violência de todos contra todos, gerada pelo desejo mimético que acomete o ser humano, desejando o desejo do outro, por não saber por que e o que deseja. Esses “bodes expiatórios”, em nossas sociedades modernas, por serem modernas e racionais, contrárias à magia e aos mitos, se apresentam na forma dos excluídos/incluídos dessas sociedades, ou seja, os que se acham internos e internados, em domicílios, reformatórios, asilos, delegacias, prisões, hospitais e também naquela instituição paradigmática dessas todas, segundo Giorgio Agamben, que é o campo de concentração, para refugiados ou prisioneiros em geral, que possuam *status* indefinido. Continuamos afirmando e confirmando para nós mesmos o que seria a nossa superioridade, por nos mantermos a salvo dessa condição de morto-vivo: até irmos parar em uma instituição dessas, do que ninguém está realmente imune – afinal, somos todos iguais –, sem esquecer que podemos também, a qualquer momento, ser atacados por algum dos que lá estiveram ou para lá, por isso, terminarão indo. Tais instituições nada mais fazem do que, ao tentar dissimular, revelar o nosso encarceramento na prisão simbólica de nossos medos ancestrais, sempre atuais.

Em todas as formas de organização social – e o humano só se manifesta e prospera em alguma delas – tem-se a presença do que para os seus componentes seria sagrado, índice de uma presença não humana, a ser reverenciada, como divindade. Na esteira de René Girard, autor de *A violência e o sagrado*, tal como Michel Serres em *O incandescente*, e, de outra perspectiva, Lévinas, em obra cujo título já indica a distinção proposta: *Do sagrado ao santo*, é preciso distinguir, no que é tido como divino e sagrado, a sacralidade e a santidade. O sacro é, literalmente, o excluído, o separado, mantido de fora do que é comum, profano – isto é, restrito aos que têm acesso ao lugar em que, secretamente, se pratica ritos iniciáticos –, e tal segregação pressupõe o emprego de violência, física ou simbólica, para que se verifique, bem como se mantenha. É um índice da presença de uma insanidade, ameaçadora, posto que pelo que se considera sagrado se está disposto a matar e morrer. O santo, a santidade, como a própria etimologia sugere, ao contrário, é decorrente da sanidade, de uma compreensão sã e salutar, salvadora, capaz de desativar os dispositivos mortíferos que agem, sobre e através de nós, humanos. Essa cura, porém, requer a prévia existência e verificação da doença, do mal, a serem desfeitos.

Daí que, por exemplo, uma compreensão filosófica do direito, que por filosófica é universalista – no que reside, pode-se dizer, sua força e também terrível limitação –, nos termos que aqui se pretende esboçar, há de partir do entendimento da relação dele, por um lado, com esta violência, sacra, que é uma realidade, própria a nós humanos, por encontrada sempre que se tem a presença de uma organização social humana, e de outro lado, com a paz, santa, idealmente almejada, na convivência com os que fazem parte de dita organização, bem como no interior de cada um e também externamente, nas relações com os que dela não fazem parte, mas, em geral, pertencem a alguma outra, onde podem haver concepções diversas sobre como e o que se há de respeitar – no limite, por ser sagrado.

Trata-se, então, de buscar uma compreensão do ser que somos, enquanto humanos, em sua correlação com o direito, entendido como o meio com que estabelecemos, com proibições e sanções – portanto, com ameaças de exercício da violência –, nosso relacionamento pacífico uns com os outros, tendo como garantia uma referência externa e superior, sobreposta aos que se conflitam, em si e entre si. Espera-se assim atingir uma compreensão fundamental, essencial, assim do humano como também do direito, tendo em vista a necessidade que verificamos de fortalecer tal entendimento, na atualidade, pelo grau de incerteza e complexidade atingidos tanto pelas formas jurídicas de associação humana como pelo nosso próprio modo de ser.

Daí que se precisa buscar, por meio de uma regressão simplificadora, a origem produtora das alterações trazidas ao mundo por esse modo de ser tão peculiar que é o nosso, o humano, na expectativa de assim atingir uma melhor compreensão do que nos diga respeito mais proximamente, como é o caso do direito. Não custa lembrar que a investigação não tem caráter histórico nem factual, visto que não se trata de responder a questões sobre ocasiões e causas do surgimento do ser humano e do direito, uma vez que nossa preocupação é com a discussão, filosófica, do sentido de tais fenômenos, partindo do dado de que aí estão e em correlação, para indagar, antes, “o que são e por que são assim”, do que “desde quando e como são”. E se o que se busca é fazer sentido, o que se apresenta é o sentido encontrado, para a discussão dos interessados.

Uma primeira indicação (a fim de evitar a armadilha que representam os conceitos, algo explicitado por Hans Blumenberg,<sup>58</sup> mas como a própria palavra alemã para “conceito” deixa transparecer, “*Begriff*”, de “*greiffen*”, agarrar, “indicação” há de ser entendida, em termos que se pretende mais precisos, no sentido em que Heidegger se referia a “*formale Anzeige*”, no início de sua longa carreira filosófica,<sup>59</sup> tomando de empréstimo

---

58 *Teoria da não conceitualidade*, trad. Luis Costa Lima, Belo Horizonte: EDUFMG, 2013, p. 49.

59 Jesús Adrián Escudero, tradutor espanhol da proposta de pesquisa feita por Heidegger a Natorp, *Interpretaciones fenomenológicas sobre Aristóteles*. Indicación de la situación hermenéutica [Informe Natorp]. Madrid: Trotta, 2002, opta por termo equivalente ao nosso “anúncio” e o italiano, como o fizemos, por “indicação”, enquanto na literatura nacional se encontra também a tradução de *Anzeige* por “indício”, não havendo propriamente um erro nessas opções, pois na palavra original estão contidas essas outras, e não só: notificação, inclusive no sentido mesmo jurídico, policial, é também uma tradução possível. E se “anúncio” é mais literal, em termos semânticos, e nisso se encontra a um só tempo uma vantagem e uma desvantagem, “indício” preserva, como “indicação”, a mesma etimologia do original, com a desvantagem de, na primeira palavra aludida, se ter uma alusão ao indiciário, em matéria probatória, sendo nossa opção, também por isso, pela segunda. Com apoio em Friedrich-Wilhelm von Herrmann, A ideia de fenomenologia em Heidegger e Husserl. *Phainomenon. Revista de Fenomenologia*. Lisboa: Curso de Filosofia da Universidade de Lisboa, n. 7, 2003 (cap. III de *Id.*, *Hermeneutik und Reflexion*, 2000), pode-se identificar no emprego da indicação formal, ainda que a noção seja oriunda de Husserl, o que caracterizaria a diferença da abordagem fenomenológica de cunho reflexivo, transcendental, propugnada por este último, e aquela de seu discípulo, de cunho hermenêutico, que permaneceria fenomenológica ao compartilhar o “princípio dos princípios”, de “voltar às coisas mesmas”, livres dos modos como elas são conceitual ou preconceitualmente capturadas, seja por teorias, científicas ou filosóficas, seja pelo senso comum, respectivamente. Em Husserl, ter-se-ia *grosso modo*, um constante “voltar-se para dentro”,

e ampliando noção devida a seu mestre, Edmund Husserl, referida na “Abertura” da *Primeira Investigação (Lógica)* “índices” (*Anzeigen*) significativos, para distingui-los das significações já prontas e acabadas), ou “pista” a ser seguida, aqui fornecida a título de mera sugestão, sobre um modo de ser do humano, ou como nele podemos perceber, fenomenologicamente, e com uma conotação claramente jurídica, é a de que o ser humano é o ser responsável. Com essa indicação marca-se bem a sua – aliás, nossa – diferença em relação a seres que nos são tão próximos, como são os animais. O ser animal reage, em vez de responder, donde não lhes poderemos atribuir responsabilidade por seus atos, embora seja comum que lhes infringamos punições, praticando uma espécie de “imputação objetiva”, para coibir ações suas que repudiamos. Essa nossa característica embrica-se inextricavelmente com aquela outra, a liberdade, pois se nossas ações não são meras reações é porque são praticadas de um modo – por vezes mais, outras vezes menos – deliberado, sendo essa faculdade deliberativa própria de um ser reflexivo, devotado ao pensamento. Aqui cabe destacar a relação que guarda a responsabilidade-liberdade em que habita o ser humano com a sua natureza extraordinária. E extraordinário entendido primeiramente de maneira neutra, literal, como o que está fora de ordem, sendo isso assombroso, tanto no sentido de terrificante, pois é assustador ter a consciência de que dependemos de nossas deliberações para termos êxito na “luta pela existência”, como também no sentido positivo, de ser maravilhoso, tomar consciência da existência. Daí poderemos concluir que, também literalmente, só o ser humano existe, por estar (“sistere”) fora (“ex”) de uma ordem natural, em que os outros seres simplesmente estão, por ser onde sobrevivem, mas não vivem nem morrem, propriamente, apenas começam e terminam, por não se saberem mortais. Acometidos dessa solidão existencial, uma resposta tipicamente humana está em supor a existência ainda maior de outros seres, míticos, divinos, que no animismo, tão comum e mitopoeticamente espontâneo entre os povos primevos, tribais, são associados a animais, plantas, pedras e tudo o que compõe um mundo percebido como tão vivo quanto si mesmos, em quem, sob esse aspecto, se reconhece uma superioridade em relação aos humanos, ao se mostrarem seguros de si, de seu ser. De fato, não é nada fácil lidar com a instabilidade de ser que é própria do ser humano, o ser que, a rigor, não é, não tem um ser, fixo, donde se explica a criação de uma ordenação humana para nos fixar o ser, sujeitando-nos, tornando-nos o sujeito que somos, sendo semelhantes ao(s) que nos cria(m), pela fala que nos transmitem e nos permite construir o mundo em que habitamos, assim econômica como eticamente.

Eis o caráter extraordinário da vida humana, dotada de subjetividade (espírito, mente, consciência ou como se queira denominá-la), na qual se revelam ideias a respeito do universo “lá fora”, bem como sobre a(as) divindade(s) que nos transcende(m), como ainda, reflexivamente, sobre si mesma, em si e em outros. Tal extraordinariedade é que nos

---

para a consciência, transcendental, a fim de fazer essa experiência de como seriam, ou se dariam, as “coisas mesmas”, enquanto em Heidegger ter-se-ia uma abertura para captá-las na experiência existencial, fora (*eks*), a caminho (*unterwegs*), servindo-se para isso das referidas indicações como acenos (*Winke*), “marcas no caminho” (*Wegmarken*), que vai se fazendo, muitas vezes desobstruindo, pela desconstrução (*Abbau*) dos que já se instalaram, evitando nosso acesso à “coisa” mesma.

atribui, propriamente, a responsabilidade, no sentido de que podemos assumi-la ou não, pela liberdade co(r)respondente, imanente deste modo de ser que somos. De antemão, no entanto, assombra-nos a possibilidade de estarmos pondo a perder uma oportunidade absolutamente excepcional – e isso, tanto individual como coletivamente, em escala mundial, inclusive – quando nos conduzimos sem sequer nos preocuparmos com o significado que pode ter isso de sermos dotados de consciência e da correlata reponsabili(ber)dade.

Referido, assim, ao que entendemos ser a relação constitutiva entre a imaginação mitopoética, a religiosidade, o direito e o humano, então do que se trata é de verificar em que medida um componente jurídico, junto ao mítico-religioso, faz-se presente para fixar, em uma ordem, tudo o que cria esse ser maximamente criador que somos os humanos, a começar pela própria linguagem, que se origina, originando-nos, necessariamente revestida de formalidades, segundo nos propõe Rossenstock-Huessy, em sua obra sobre a origem da linguagem, com o caráter sacramental que antes destacara Johann Georg Hamann – uma fonte pouco considerada das reflexões bem mais notórias de autores contemporâneos como Walter Benjamin e seu seguidor Giorgio Agamben –, pois exige já um contexto adequado para que surja, que há de se conceber como devocional, reverente, ritualístico, mimético, por mítico-religioso. Em tal contexto é que, por razões fáceis de se perceber, inserir-se-ia, para se manter e superar as adversidades, o ser que se extravia da ordem natural, buscando reencontrar-se, pensando reencontrá-la, criando, sem se dar conta, outras ordens, “conaturais”, animistas, ou sobrenaturais, transcendentais.

Assim, o direito compõe a argamassa que cimenta nossas relações uns com os outros, através da linguagem, em que ele se expressa e ajuda a fixar, sendo nessa composição também necessário o fluido da religião, entendida muito simplesmente, de maneira indissociável das práticas mágicas, com seus mitos e sua encenação, os ritos, como o faz Marcel Mauss,<sup>60</sup> enquanto um conjunto de crenças, cristalizadas em dogmas, dogmas estes que também podem se revestir de conotação jurídica, donde ser na teologia e na jurisprudência, entendida como a ciência jurídica em sentido estrito, onde se verifica a permanência de uma estrutura dogmática de conhecimento, ou seja, de uma especulação racional sobre tais dogmas. Que não nos repugne, neste contexto, a possibilidade de nos defrontarmos com um novo humanismo, que entretanto não poderá incorrer em equívocos típicos dos puros humanismos, ao elegerem o homem e suas capacidades como a medida com a qual se avaliaria tudo o que nos diz respeito, tanto no campo do conhecimento, da teoria, em que imperariam as ciências, como naquele da ação, da prática, em que uma moral universalista e laica haveria de pautar nossa conduta, com pouca consideração para com situações particulares, singulares, e também para com as crenças que nos constituem, mesmo que sejam crenças ateístas.

Direito, magia, religião e poesia, portanto, estabelecem uma relação de simbiose, presente quando da afirmação pioneira do humanismo pelo romano Cícero, e retomada no Renascimento, a qual se pretendeu romper, com o humanismo da modernidade, eivado de formalismo, sem se perceber que o lugar deixado vazio, ao lado do direito, termina sendo

---

60 cf., vg. *Oeuvres*, vol. 2. Paris: Ed. de Minuit, 1968, p. 647.

ocupado por o que se vai chamar então de ideologia, para designar esse conjunto de crenças, em amparadas em especulações racionais que não mais se apresentam como teológicas ou metafísicas, por não mais serem tidas como crenças, e sim como conhecimentos científicos, de acordo com o credo positivista.

Hoje em dia, no entanto, consideremos não ser de se dar crédito a pretensões, já de partida falsas (ou fracas), quando sugerem um acesso privilegiado à verdade, logo, à (única) resposta certa para questões complexas como as que temos de lidar na atualidade, donde a necessidade de se assumir um ponto de vista epistemologicamente democrático, radicalmente democrático, praticando uma abertura como aquela que se encontra entre cultores das artes e do mistério.<sup>61</sup>

Isso significa que temos de promover (e nos envolvermos) em amplos debates e acirrados embates, incluindo o maior número possível de posições, mesmo aquelas acima descritas como fracas, de forma que sem um viés ideológico excludente possamos reunir aspectos de cada uma, a serem avaliados como corretos, por critérios previamente estipulados, mas também sempre revisáveis, com vistas à construção de respostas apropriadas a tais questões.

Eis que assim propomos vetores de investigação dividindo os diversos modos de imaginação cognitiva – logo, criativa e criadora – do todo, mantendo-os assim válidos no âmbito de cada um, sem com isso requerer a invalidação dos outros, distribuindo-os por um eixo horizontal atravessado por outro, vertical, onde na parte superior está o transcendente, assim como na parte inferior está o imanente. Já na parte anterior, do eixo horizontal, tem-se a investigação causal-explicativa, praticada pelas ciências naturais, e que também pode ser dita arqueológica, no sentido em que Michel Foucault propôs uma arqueologia do saber,<sup>62</sup> ou também “arcôntica” (*archontisch*), como refere Heidegger,<sup>63</sup> desde que praticada no plano histórico, transcendente (parte superior esquerda do diagrama proposto), em vez daquele natural, imanente (parte inferior esquerda o mesmo).<sup>64</sup> E na parte posterior deste

---

61 Sobre a importância de tal aproximação entre a criatividade artística e a radicalização da democracia v. a densa carta de Toni Negri para Giorgio Agamben, de 7 de dezembro de 1988, disponível em: <https://www.alfabeta2.it/2014/10/26/sublime/>.

62 Cf., para uma retomada recente da contribuição de Foucault, com grande vigor, Giorgio Agamben, *Signatura Rerum*. Turim: Bollati Berlinghieri, 2008.

63 Cf. *Phänomenologische Interpretationen zu Aristoteles. Einführung in die phänomenologische Forschung*, Gesamtausgabe, vol. 61, Walter Bröcker e Käte Bröcker-Oltmanns (eds.). 2ª ed. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1994, p. 26. Também Husserl refere-se a uma “metodologia arqueológica” no Manuscrito C 16 IV, como nos reporta Nicoletta Ghigi, da Universidade de Perugia (Itália), especialista em fenomenologia husserliana que vem desenvolvendo pesquisas sobre os manuscritos inéditos do Arquivo Husserl (Louvain, Bélgica). Cf. <http://www.fafich.ufmg.br/memorandum/artigos04/ghigi01.htm>, consultado em 1º ago. 2016. V. tb. Angela Ales Bello, *Culturas e religiões. Uma leitura fenomenológica*, trad. de Antonio Angonese. Bauru (SP): EDUSC, 1998; Idem, *Fenomenologia e Ciências Humanas*, org. e trad.: Miguel Mahfoud e Marina Massimi. Bauru (SP): EDUSC, 2004, cap. 2, p. 187 ss.

64 Aqui pode-se vislumbrar motivos pelos quais Freud, nos últimos anos de sua reflexão teórica, já tendo, no *Nachschrift 1935 zur “Selbstdarstellung”*, reconhecido nas religiões um conteúdo de verdade, aduzindo se

mesmo eixo (portanto, à direita do diagrama) é que se tem localizada a investigação ou elaboração mais puramente imaginativa, voltada não para a busca retrospectiva de causas originárias, as “*archai*” (do grego *arché*, que quer dizer “causa”, sendo termo originário do vocabulário jurídico-político, pois significa também o poder de decidir do arc[h]onte), mas sim para a formulação prospectiva, escatológica,<sup>65</sup> do sentido, como se faz no âmbito da poética, seja ela artística, ou (também) teológica, tal como refere Giambattista Vico, com uma conotação igualmente jurídica, ou jurídico-política, “civil”,<sup>66</sup> sendo esta última de se considerar como imanente (parte inferior à direita do diagrama proposto), enquanto aquelas são transcendententes (parte superior à direita).

---

tratar de verdade que “não é material, mas sim, histórica”, também irá recomendar que o analista, em vez de fazer interpretações (*Deutungen*), faça “construções” (*Konstruktionen*), ou ainda “reconstruções” (*Rekonstruktionen*), de maneira análoga ao trabalho dos arqueólogos, segundo suas próprias palavras. Cf. Freud, *Konstruktionen in der Analyse* [1937], in: *Gesammelte Werke*. Frankfurt am Main: Fischer, vv. eds., vol. XVI, p. 43 ss.

65 No sentido em que Paul Ricouer se refere às duas formas de hermenêutica, em seu texto fundamental sobre a simbólica do mal, contida em sua obra *O conflito das interpretações*, a saber, aquelas redutoras, voltadas para uma reconstituição do passado, ditas arqueológicas, em contraposição àquelas amplificadoras da imaginação simbólica (*sinbildende*, como se diz em alemão, ou seja, literalmente, “construtora de sentido”), que se relacionam com o passado no registro do que chamamos em língua galego-portuguesa (e/ou luso-brasileira) de maneira singular de “saudeade”, um anelo de voltar a viver com maior intensidade, no futuro, algo já vivenciado, em geral na infância feliz da existência, do que escapa às palavras mas se preserva nas imagens. A essa segunda forma de hermenêutica Ricouer denomina “escatológica”. Cf., especificamente, P. Ricouer, *Le conflit des hermeneutiques, épistémologie des interprétations. Cahiers Internationaux de Symbolisme*, Paris, 1963, n. I, p. 179 ss.; v. tb. Gilbert Durand, *A imaginação simbólica*. São Paulo: Cultrix/Edusp, 1988, p. 93 ss.

66 Para Vico, os primeiros poetas foram teólogos que com a sua teologia estabeleceram os fundamentos da organização política, inicialmente republicana, expressando-se através de “*imagines humanae maiorum*”, antes que por conceitos, como se faz em teologia natural ou racional. Cf. Vico, “*Sinopsi del diritto universale*”, in: Id., *Il diritto universale*, a cura di Fausto Nicolini, Bari: Laterza, 1936, p. 6, 7, 10 e 17. Daí ser para ele a poética uma sabedoria (*sapientia*), a se diferenciar tanto das ciências, como a matemática, enquanto um emprego da razão com finalidade demonstrativa, como das “técnicas” (*ars*), de natureza preceptiva – e também daquelas disciplinas que, segundo ele, são em parte demonstrativas e em parte preceptivas, dando como exemplo a medicina e o direito, e preceptivas em um sentido mais amplo do que seria a retórica (*oratoria*) ou uma outra disciplina, que denomina *imperatoria*, designação que aponta para algo assim como o que outros chamariam “arte de governar”, pois aquelas prescrevem na forma do aconselhamento (*consilia*) combinado com demonstrações, enquanto estas últimas combinam os conselhos (*consilia*) com os preceitos propriamente ditos (*praeceptis*). Merece transcrição integral as passagens concernentes, nomeadamente, os “capítulos” (*capita*) XXXVI e XXXVII do Livro primeiro da obra acima referida, “O direito universal”, intitulado “*De uno universi iuris principio et fine uno*”, in: loc. ult. cit., p. 50: “CAPUT XXXVI – DE VIRTUTE: Ab hac vi veri, quae est humana ratio, virtus existit et appellatur. CAPUT XXXVII [VIRTUS DIANOETICA ET VIRTUS ETHICA] – Virtus dianoetica: scientia, ars, sapientia.: Vis veri, quae errorem vincit, est virtus dianoetica, seu virtus cognitionis. Quae, si tota demonstratione constat, est scientia, ut mathesis; si tota praeceptis, est ars, ut grammatica, frenaria; si partim demonstratione partim consilio, ut medicina, iurisprudentia, vel partim praeceptis partim consilio, ut imperatória, oratória, poética, proprie ‘sapientia’ est appellanada”.



É preciso que retornemos ao pensamento do retorno, dos “ricorsi”, que é o de Vico e dos que, tanto antes, como depois dele, postularam uma defesa da racionalidade contemplando o solo mesmo de onde ela brota, o húmus da cultura donde emerge o humano: a capacidade simbolizadora presente na linguagem, em suas mais diversas formas (sendo o direito uma delas), enquanto produtora (e produto) do esforço de produção de um sentido para a existência desse ser em aberto, livre, que somos.

Do que faz falta, então, é de promover uma (re)aproximação da teoria a um modo antes poético, do que científico e mesmo filosófico (ou religioso), de desenvolver a reflexão e sua exposição. Com isso não se pretende invalidar os esforços que em geral fazem os estudiosos de filosofia, quando se dedicam à exegese do que escreveram os filósofos, normalmente aqueles do passado e, em raros casos, alguns poucos contemporâneos, que ousaram, ou ainda ousam, elaborar um pensamento (mais) próprio. “Próprio”, aqui, entenda-se no duplo sentido da palavra, em que este pensamento tanto aparece como original, originário do próprio sujeito, como apropriado ao que se pode considerar assunto da filosofia. Ocorre que, no modo de ver aqui proposto, realizar um trabalho teórico que mais se aproxima de parâmetros científicos, sejam das ciências humanas, sejam de ciências naturais ou formais, como se dá, comumente, no âmbito da filosofia de corte analítico, entendemos que significa desviar-se do que mais direta e imediatamente interessa tratar em filosofia, desviando-se para um caminho técnico, no qual se exaure o modo mais originário de questionamento filosófico, que é metafísico ou, como acima referido, “archôntico”, enquanto imanente, e escatológico, quando aberto ao transcendente, à discussão do sentido da existência de si, ou seja da vida e da morte, bem como dos demais e do próprio mundo, tal como normalmente é feito pelo simbolismo “mitopoético” de religiões e artes em geral. De certa maneira, estaremos assim retomando uma perspectiva suscitada ainda na passagem do séc. XIX para o seguinte pelo filósofo cearense Farias Brito, que entendia deveriam filosofia, ciência e poesia fundirem-se em uma só, enquanto princípio ativo (e regenerador) do pensamento, dirigindo-o, respectivamente, para o bem, o verdadeiro e o belo.<sup>67</sup>

Afinal, os humanos somos seres em que(m) se encontra a instabilidade no ser plenamente manifesta, donde só suportarmos viver forjando explicações apaziguadoras em relação à finitude desse nosso viver, em face da certeza fundamental de que não fomos desde sempre nem seremos para sempre ou mesmo, quiçá, por muito tempo. Há nisso claramente uma regularidade, signo de ordem e lei a ser constatado; um saber a requerer explicações, que os mitos irão instituir, assim produzindo a ambientação humana no mundo, o mundo próprio de cada um de nós, coletiva e, mesmo, em certa medida, individualmente. É assim que, para vivermos da maneira, literalmente, desassombrada, requerida pela existência humana, temos de nos compor com a morte e os mortos, por meio de explicações e prescrições mitopoéticas, às quais, a seguirmos a proposta que entendemos haver na obra “Mitologia”, do sábio luso-brasileiro Eudoro de Sousa, assumem em geral a forma de uma

---

67 Cf. Farias Brito, *Finalidade do Mundo*, vol. I. “*A Filosofia como Atividade Permanente do Espírito Humano*”, publicado originalmente na Cidade de Fortaleza, em 1895, 2ª ed., Rio de Janeiro, Instituto Nacional do Livro, 1957, p. 128.

“teotanaturgia”, que é também um modo de “aleteurgia” – como sabemos, no curso ministrado no Collège de France intitulado “O Governo dos Vivos”, Foucault refere-se a tipos de aleteurgia enquanto formas de veridicação, ou seja, maneiras de dizer o verdadeiro, produzindo-o performaticamente por meio de procedimentos e rituais, revestidos de conotação, respectiva e mutuamente, jurídica e mágica, investigação que na atualidade foi aprofundada por Giorgio Agamben em um conjunto de obras pertencentes à parte final da série *Homo Sacer*, a partir de *O Reino e a Glória*, examinando a ruptura introduzida pelo cristianismo com a ontoteologia greco-romana ao promover uma ontologia efectual realizada através da liturgia e do ministério eclesiásticos, avatares das formas de exercício do domínio que a secularização viria a introduzir sub-repticiamente na ética e na política modernas, logo, também no direito e na economia.

Do que se tratou aqui, então, foi de propor estudo do direito que se constrói a partir de enfoque que entendemos melhor se caracteriza como teórico-poético,<sup>68</sup> mais que propriamente teórico-científico, devendo este enfoque, certamente, se beneficiar das descobertas e investigações feitas em outros campos, circunvizinhos, assim das ciências, artes e religiões, como naqueles da filosofia, especialmente da ontologia e da ética, pois haverá de se constituir a partir de uma análise da situação atual do ser humano em uma sociedade como aquela em que vivemos hoje, de escala planetária, que denominamos ocidental, mas que em um sentido civilizatório, isto é, diverso daquele meramente geográfico,<sup>69</sup> deixou de sê-lo, uma vez que está no mundo todo – e apesar disso, há peculiaridades nacionais e regionais que não se pode deixar de levar em conta, como também àquela dimensão que se qualifica, amplamente, como religiosa. É assim que, ao concluir seu livro *Fenomenologia do Brasileiro: Em Busca de um Novo Homem*, com o qual muito podemos aprender sobre nós mesmos, enquanto partícipes de uma nação, no capítulo intitulado “Diagnóstico e Prognóstico”, escreve Vilém Flusser: “no fundo, quando se trata de dar sentido à vida, quando se trata de engajar-se, quando se trata de ‘um novo homem’, é da religiosidade que se trata. E quem quer falar em religiosidade (em vez de vivê-la ou não vivê-la) cai na demagogia. Inclusive, quiçá, o subtítulo do presente ensaio”.<sup>70</sup> Tomemos isso antes como alerta, do que como vaticínio inexorável, lembrando, com relação ao direito, a lição fundamental de André Franco Montoro, de ser a ideia de justiça “que dá sentido e significação a todo direito”,<sup>71</sup> por inexaurível, a configurar a luhmanniana “fórmula da contingência”, assim como Deus no sistema da religião, escassez no sistema da economia e legitimidade no sistema da política.<sup>72</sup>

68 Cf., mais amplamente, Willis Santiago Guerra Filho; Paola Cantarini, *Teoria poética do direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

69 Como referiu em texto célebre sobre a crise de nossa civilização já há quase um século o filósofo Edmund Husserl, principal responsável pelo desenvolvimento do método fenomenológico em filosofia.

70 Vilém Flusser, *Fenomenologia do Brasileiro: Em Busca de um Novo Homem*, Rio de Janeiro: EDUERJ, 1998, p. 173.

71 *Introdução à Ciência do Direito*. 5ª ed. vol. I. São Paulo: Martins, 1974, p. 379.

72 Cf. Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, vol. I. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, cap. III, n. IV, p. 470; Idem, *Die Religion der Gesellschaft*. Ed. por André Kieserling. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002, cap. IV, p. 147 ss.

# Referências bibliográficas

- Agamben, Giorgio. *Signatura Rerum*. Turim: Bollati Berlinghieri, 2008.
- Bello, Angela Ales. *Culturas e Religiões. Uma leitura fenomenológica*, trad. Antonio Angonese, Bauru (SP): EDUSC, 1998.
- Bello, Angela Ales. *Fenomenologia e Ciências Humanas*, org. e trad. Miguel Mahfoud e Marina Massimi, Bauru (SP): EDUSC, 2004.
- Blumenberg, Hans. *Teoria da não conceitualidade*, trad. Luis Costa Lima, Belo Horizonte: EDUFMG, 2013.
- Durand, Gilbert. *A Imaginação Simbólica*, São Paulo: CULTRIX/EDUSP, 1988.
- Farias Brito, Raymundo de. *Finalidade do Mundo*, vol. I. *A Filosofia como atividade permanente do espírito humano* [1895]. 2ª ed. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1957.
- Flusser, Vilém. *Fenomenologia do Brasileiro: Em Busca de um Novo Homem*, Rio de Janeiro: EDUERJ, 1998.
- Freud, Sigmund. *Konstruktionen in der Analyse* [1937], in: *Gesammelte Werke*, Frankfurt am Main: Fischer, vv. eds., vol. XVI, p. 43 ss.
- Giacóia Jr., Oswaldo. *Nietzsche: o humano como memória e como promessa*. 2ª ed. Petrópolis (RJ): Vozes, 2013.
- Guerra Filho, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: RCS, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da Ciência Jurídica*. 2ª ed. Col. Henrique Garbellini Carnio. São Paulo: Saraiva, 2009.
- \_\_\_\_\_. Carnio, Henrique Garbellini. *Teoria Política do Direito*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2014.
- \_\_\_\_\_. Cantarini, Paola. *Teoria poética do direito*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- Guerra Filho, Willis Santiago; Carnio, Henrique Garbellini. *Introdução à Sociologia do Direito*, São Paulo: RT, 2016.
- Heidegger, Martin. *Phänomenologische Interpretationen zu Aristoteles. Einführung in die phänomenologische Forschung*, Gesamtausgabe, vol. 61, Walter Bröcker e Käte Bröcker-Oltmanns (eds.), 2a. ed., Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1994.
- Heidegger, Martin. *Interpretaciones fenomenológicas sobre Aristóteles*. Indicación de la situación hermenéutica [Informe Natorp], trad. Jesús Adrián Escudero, Madrid: Trotta, 2002.
- Herrmann, Friedrich-Wilhelm Von. “*A idéia de fenomenologia em Heidegger e Husserl*”, in *Phänomenon*. Revista de Fenomenologia, Lisboa: Curso de Filosofia da Universidade de Lisboa, n. 7, 2003.
- Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, 2ª. ed., Viena: Springer, 1960, p. 208, 216 ss.
- Kelsen, Hans. *Teoria Geral das Normas*, trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre: Fabris, 1986.
- Luhmann, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, vol. I, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997.
- Luhmann, Niklas. *Die Religion der Gesellschaft*, ed. por André Kieserling, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.

Mauss, Marcel. *Oeuvres*, vol. 2, Paris: Ed. de Minuit, 1968.

Montoro, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*, 5ª ed., vol. I, São Paulo: Martins, 1974.

Negri, Toni. Carta para Giorgio Agamben, de 7 de dezembro de 1988, in: <https://www.alfabeta2.it/2014/10/26/sublime/>.

Ricouer, Paul. “Le conflit des herméneutiques, épistémologie des interprétations”, in: *Cahiers Internationaux de Symbolisme*, Paris, 1963, n. I, p. 179 ss.

Vico, Giambattista. “*Sinopsi del diritto universale*”, in: Id., *Il diritto universale*, a cura di Fausto Nicolini, Bari: Laterza, 1936.

# Ainda com Montoro, pela democracia econômica e desenvolvimento – André Ramos Tavares

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP, Professor da PUC-SP, foi Pró-Reitor de Pós-Graduação *stricto sensu* da PUC-SP de 2008 a 2012.

## 1. Participação: desenvolvimento com democracia

Na obra *Participação: desenvolvimento com democracia*<sup>73</sup>, cuja primeira edição data de 1990, e que contou com uma segunda edição já em 1991 (que aqui utilizo), André Franco Montoro nos obriga à reflexão mais profunda sobre democracia, promovendo o debate para além da participação política.

Nessa obra Montoro realiza uma aproximação que não era comum na literatura nacional, pois conjuga o tema da democracia, via participação, com a economia, pela via desenvolvimento.

Abrindo suas reflexões, encontramos o pressuposto da tese que vai ser apresentada: “Democracia não é uma palavra vaga. [...] Construir a democracia significa substituir o centralismo autoritário por formas de participação dos diferentes setores da população nos assuntos de interesse coletivo.” (MONTORO, 1991: 5). Não façamos dessa lição uma lição vaga, porque certamente ela não é indiferente à realidade nacional e à necessidade de que *normas constitucionais de transformação* sejam devidamente concretizadas<sup>74</sup>. Trata-se, logo aí no pórtico da obra, de um chamado para levar a sério da participação democrática, tão propalada na dimensão política, mas ao mesmo tempo eclipsada na dimensão econômico-desenvolvimentista<sup>75</sup>.

Os diferentes setores da população mencionados na advertência inicial de Montoro – que nitidamente assume uma dimensão coletiva em sua reflexão<sup>76</sup> – só terão presença efetiva na democracia sob a condição de economicamente estarem também integrados, integração que deve ocorrer em duas dimensões essenciais. E é para essa integração ou participação que devemos atentar.

---

73 Essa obra é, em realidade, uma reunião de trabalhos anteriormente apresentados, mas seu eixo central e a ideia motora têm esse pano de fundo em comum, que considero ser ainda de grande envergadura para o pensamento atual.

74 Utilizo o conceito de transformação aqui no sentido desenvolvido em TAVARES, 2014, p. 75-154.

75 A diferenciação, aqui, não pretende assumir que se trate de visões excludentes, até porque não são.

76 Sobre o tema, especialmente sobre a priorização do coletivo nas constituições econômicas, cf. TAVARES, 2014.

A primeira dimensão participativa é a de assegurar para todos as condições econômicas pessoais e familiares que preservem a dignidade da pessoa. Estamos aqui no setor dos direitos humanos, em uma abordagem já presente na literatura brasileira pós-1988. Quem não consegue prover ao seu próprio sustento mínimo, estando em condições de miserabilidade e exposto ao risco de vida, não encontra espaço para atuar ativamente da democracia. Invocar apenas a participação política para um segmento populacional em condições precárias de vida é absolutamente desconexo com a realidade.

A segunda dimensão integradora da democracia com questões econômicas está exatamente naquilo que se denomina de *democracia econômica*, aspecto que vem lançado no pensamento de André Franco Montoro na referida obra e que esboço brevemente adiante.

## **2. A democracia econômica**

Conceitualmente falando, a democracia econômica significa a inserção da cidadania na economia. Para haver democracia econômica é necessária existência de um arsenal jurídico capaz de viabilizar uma economia permeada pela cidadania participativa, tanto pelo Estado como pelos agentes econômicos privados. Democracia econômica não é uma espécie de democracia política. A democracia econômica lida com conceitos de injustiça, dominação e desenvolvimento real (cf. MONTORO, 1991: 11) e bem por isso “não se trata apenas de eleger representantes [...] mas de assegurar aos múltiplos setores da população meios de ‘participar’ [...]” (MONTORO, 1991: 11). É a proposta encontrada também em GILBERTO BEROVICI, quando propugna pela “expansão da democracia e do Estado de Direito da esfera política para as esferas econômica e social.” (BERCOVICI, 2007: 62)

A Constituição brasileira de 1988 contém normas que apontam para um horizonte diverso do de nossa realidade atual. Consideradas por uma doutrina contrademocrática como meras normas programáticas, equiparadas a simples conselhos ou exercícios estéreis de futurologia – havendo quem as considerasse normas “mentirosas”, essas normas são em realidade normas de reforma estrutural, normas voltadas para a transformação, e compõem o cerne da democracia econômica na Constituição em vigor.

Assim é que se devem compreender as determinações do art. 3º da Constituição, tais como o compromisso com o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades sociais e regionais e a erradicação da pobreza especialmente em suas formas mais agressivas e severas, bem como a consideração do mercado interno não como sendo de propriedade individual do mercado privado, mas como “patrimônio nacional” (art. 219 da Constituição do Brasil). É assustador constatar o conservadorismo desumano e falta de rigor no discurso do minimalismo, que promete entregar, por meio da deformação constitucional, apenas a segurança econômica dos agentes capitalistas e financeiros, discurso que ainda transita impunemente na literatura e em decisões estatais, especialmente do Poder Executivo, em países permanentemente espoliados na produção nacional de sua riqueza. A segurança social, base na construção de qualquer sociedade avançada, é desconsiderada e descontextualizada da Constituição por esse discurso autoritário.

Ainda hoje, a principal função do Estado brasileiro há de ser “a superação do subdesenvolvimento, da sua condição periférica. E, para isto, é necessário reestruturar e fortalecer o Estado, sob uma perspectiva democrática e emancipatória, e não desmontar o aparato estatal, como vem ocorrendo no Brasil desde 1994” (BERCOVICI, 2009: 517).

Ainda nessa linha de considerações de nossa Constituição econômica em vigor, o art. 170, ao inaugurar a denominada “Ordem Econômica” anuncia, em seu *caput*, a *existência digna*. Ali figura como finalidade máxima e prioritária da ordem econômica. Sua origem está na Constituição de Weimar, tendo passado para o constitucionalismo brasileiro de 1934 e desde então perdurando até os dias de hoje (cf. BERCOVICI, 2007). Dignidade na Ordem Econômica significa, pois, que o agente nacional (o cidadão) produtor de desenvolvimento e de riqueza possa participar dos rumos do país, das decisões econômicas que impactam diretamente a sociedade e seu futuro. O sentido central da democracia econômica é, pois, “o poder de tomar parte nas decisões relativas a matérias de seu interesse” (MONTORO, 2001: 33).

Como sintetiza com toda propriedade GILBERTO BERCOVICI (16), devem *participar* como *sujeitos* aqueles que tradicionalmente são *objeto* do desenvolvimento. Eis a grande transformação vislumbrada também por André Franco Montoro.

A Constituição de 1988 visa a transformação da estruturas socioeconômicas responsáveis por reproduzem, irrefletidamente ou de maneira consciente, a nossa condição periférica, nossa estrutura social de dominação e atraso socioeconômico que experimentamos. Momentos de crise econômica mundial tendem a causar grande impacto em uma sociedade precarizada.

### 3. A desumanização pelo déficit econômica da democracia

Na referida condição periférica está a situação de descaso com o ser humano, transformado em mero “objeto” de consumo no mercado dominado pelo grande capital financeiro, em seus princípios eficientistas<sup>77</sup> de transformação do homem em mão de obra, e transformação desta mão de obra em mercadoria (Polany). Essa situação propalada pelo neoliberalismo como doutrina – e como ideologia promovida pelo mundo do capital, acepção que se encontra em Vicenç Navarro, que fala, ainda, em “austericídio” (2015: 118 ss). O neoliberalismo emancipou-se do homem. Para tanto, contribuíram a abstrativização cada vez crescente das discussões econômicas, inclusive com a adoção definitiva de um viés econométrico, a financeirização dos negócios em geral e a valorização suprema dos lucros empresariais e individuais.

Ao final, o homem tornou-se mercadoria comercializada nos termos e condições impostas pelo mercado, resultado em uma sociedade desumanizada, centrada não no ser humano, mas sim no consumo, ou seja, no objeto. Aliás, é apenas nesta condição que o ser humano pode ingressar nas preocupações mercadológicas, ou seja, como objeto a ser devidamente controlado. Pretende-se criar sub-repticiamente, pois, um espaço livre da ética,

---

77 No sentido empregado por POLANY (2012: 47-61).

ou no qual a ética poderia ser apresentada impunemente, como preocupação de segunda ordem e eventual. O mercado, no Estado constitucional, contudo, é “constrangido” e condicionado, como bem advertiu Peter Häberle, “não é um espaço livre da ética, nem do direito de Estado” (HÄBERLE, 2012: 118). Daí porque assistimos, insistentemente, a uma volta da vetusta e arcaica doutrina das normas programáticas, uma doutrina que procura flexibilizar constituições, não na sua totalidade, mas sempre uma flexibilização direcionada ao que incomoda o livre mercado.

Apesar desse cenário, a disputa<sup>78</sup> homem (mão de obra e trabalho) *versus* capital (produção e lucratividade) permanece cada vez mais intensa e com sinais de imaturidade crescente.

A visão de Montoro expõe enfaticamente essa desumanização, para a qual até hoje ainda carecemos de uma maior e mais profunda presença nas reflexões jurídicas. Para Montoro seria necessário que participassem como atores econômicos “os empregados, empresas, governo, comunidade cultural e representantes de outros setores significativos da sociedade” (MONTORO, 2001: 13). Essa fórmula de participação, privilegiando papéis sociais e econômicos significativos coletivamente, pode propiciar a necessária reentrada do mercado na atmosfera humana.

Desloca-se (ou pretende-se deslocar), assim, o centro de gravidade decisório, especificamente das decisões econômicas, alocado que está pelas teorias do mercado exclusivamente nas empresas e no capital. Na mesma linha, fortemente ancorado na experiência da República de Weimar, GILBERTO BERCOVICI ensina que “[d]emocratizar a economia significa romper com a influência dos detentores do poder econômico privado, democratizando-o, ou seja, significa distribuí-lo. O cidadão deve ser, ao mesmo tempo, um cidadão do Estado e um cidadão da economia. A economia deve deixar de ser privada, para ser efetivamente publicizada, ou seja, pertencer a todos e funcionar de acordo com o interesse coletivo.” (BERCOVICI, 2007: 62).

Não é pequena a transformação assim proposta. Muitos a consideram radical e excessiva, a destruir alicerces do livre mercado (geralmente confundido com liberdade individual). Recordo, aqui, que alguns partidários do livre mercado chegam a concebê-lo totalmente à margem do Estado, havendo quem proponha até mesmo a desnecessidade de leis antitruste, como bem observou ELIOT SPITZER (2011: 25), ultrapassando, assim, até mesmo a concepção original do autor da “mão invisível” do mercado, ADAM SMITH.

Não concebem, pois, que o verdadeiro agente econômico responsável pela produção de riqueza em qualquer nação é o seu povo, e não a entidade jurídica fictícia da empresa ou do “capital industrial”.

Daí a necessidade da “luta pela justiça”, bem alocada nesse tema, por Montoro, em trabalho que apresentou em 1986, quando ali observou a necessidade da “luta contra as graves desigualdades na distribuição das riquezas e do bem-estar social no plano internacional e no plano interno dos países subdesenvolvidos” (MONTORO, 2001: 18).

---

78 Desse conflito fala também Navarro.



Destaco, por fim, as dimensões comunitária, descentralizada e social da abordagem de Montoro. Foi com esse instrumental arrojado que pôde perceber imposições da cidadania menos visíveis à teoria tradicional, nessa verdadeira aproximação entre economia e direito em uma perspectiva humanista.

## Referências bibliográficas:

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. Constituição econômica e dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, [S.l.], v. 102, p. 457-467, jan. 2007. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67764/70372>>. Acesso em: 16 jun. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v102i0p457-467>.

\_\_\_\_\_. O ainda indispensável direito econômico. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita, BERCOVICI, Gilberto, MELO, Claudineu de. *Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fabio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

\_\_\_\_\_. Política econômica e direito econômico. In *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, n. 1. Belo Horizonte, mar./ago., 2012, ano 1, p. 285-305.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *Revista dos Tribunais*, v. 533. São Paulo, mar. 1965.

HÄBERLE, Peter. *Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 20. ed. São Paulo: RT, 1991.

\_\_\_\_\_. *Participação: desenvolvimento com democracia*. 2. ed. São Paulo: Ed. Laser Press, 1991.

NAVARRO, Vicenç. *Ataque a la democracia y al bienestar*. Crítica al pensamiento económico dominante. Barcelona: Anagrama, 2015.

POLANY, Karl. *A subsistência do homem e ensaios correlatos*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

SPITZER, Eliot. *Government's place in the Market*. London: The Mit Press, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Direito econômico diretivo: percursos das propostas transformativas*. São Paulo: 2014.

# Franco Montoro, descentralização e participação: ideia e prática – Rubens Naves

*Professor de Teoria Geral do Direito na PUC-SP onde foi Chefe de Departamento. Foi assistente de Franco Montoro no Mestrado da PUC-/SP e Diretor Administrativo da CESP no Governo Montoro. Advogado.*

*Não me proponho a governar como se fosse possível e fácil resolver, da noite para o dia, a crise que atravessamos. Mas sei que é grande o potencial de recursos humanos e produtivos de nosso estado, e conheço a capacidade de trabalho dos brasileiros que aqui vivem. Se unirmos São Paulo em torno da ideia generosa de um desenvolvimento baseado em nossos próprios recursos – um desenvolvimento cujo centro seja a pessoa humana –, iniciaremos um movimento de transformações sociais e políticas que há de marcar uma geração, em nosso estado e no país.*

Proposta de Montoro, 1982.

Qual foi o papel de André Franco Montoro na história brasileira? Incentivar a mudança de uma sociedade que se revelava expectadora desde a proclamação da República para uma sociedade democraticamente participante, ativa na defesa dos seus direitos? Essa foi a ideia e a prática, somadas ao diálogo e à descentralização administrativa, que caracterizaram Franco Montoro ao longo da vida pública e alcançaram o seu ponto culminante quando ele se elegeu governador de São Paulo, pelo PMDB, em 1982.<sup>79</sup>

No Palácio dos Bandeirantes, Franco Montoro esteve à frente do primeiro governo democrático do estado, depois da longa noite sem eleições para o cargo que se seguiu ao golpe militar de 1964, e demonstrou isso com atos concretos. Em 4 de abril de 1983, por exemplo, uma multidão enfurecida derrubou a grade do Palácio e exigiu falar com o governador. Ela queria reivindicar emprego, moradia e terras. Em lugar de apelar para a repressão, Franco Montoro, recém-empossado, contrariando a maioria dos seus assessores, recebeu uma comissão de representantes.<sup>80</sup> Dialogou. O tumulto dissipou-se.

---

<sup>79</sup> Venceu quatro concorrentes: o ex-prefeito de São Paulo Reinaldo de Barros (PDS), o ex-presidente Jânio Quadros (PTB), o sindicalista Luiz Inácio Lula da Silva (PT) e Rogê Ferreira (PDT). Conquistou 5,2 milhões de votos (44,92% do eleitorado), quase o dobro do segundo colocado, Reinaldo de Barros (23,53% dos votos). As eleições produziram nove governadores do PMDB e um do PDT – Leonel Brizola, no Rio de Janeiro. Esses dez governadores administravam os estados de maior população e politicamente mais importantes.

<sup>80</sup> “Os manifestantes só não foram contidos à base de cassetetes por ordem direta de Montoro, que dizia: ‘A situação já é horrível, não vamos piorá-la baixando o cassetete nesses manifestantes. Uma vítima é o que eles mais gostariam de ter nesse momento, nós não vamos dar’.” (ALBUQUERQUE, 2008, p. 283).

Em seu governo, houve uma pletera de problemas. Os jornais publicavam manchetes como esta: “Aja, Montoro”. Ele agia, mas democraticamente. Dialogava. Percebia que a sociedade estava despertando para a democracia e se expressava através da multiplicidade de movimentos grevistas. Ouvia todos. Dizia: “Venha o capitalismo, se em nome da liberdade se esquece da justiça. E venha o comunismo, se em nome da justiça se esquece da liberdade”.<sup>81</sup> Não desejava nenhum dos dois sistemas. “Venha” queria dizer que ele tinha uma alternativa intermediária. Franco Montoro buscava uma terceira via em que prevalecesse a liberdade e a justiça, sem que uma significasse a extinção da outra. E esse era o diferencial, a marca essencial, da democracia cristã.

Cultivava autêntica paixão pela participação da sociedade na vida pública e pela descentralização. Isso incomodava, já que no Brasil a centralização era a pedra de toque. E não era herança apenas dos governos militares. Desde os anos 50 era assim: o estado tinha que ser o planejador, tinha que ser o organizador. Esse foi um legado do Brasil colonial que se projetou na República e chegou ao ápice com o ciclo da industrialização e, depois, com o regime militar.

Franco Montoro pensava de maneira oposta. E, no seu governo, participação e descentralização – um binômio inovador – eram sinônimos de conselhos consultivos. Exemplos: Conselho Estadual da Defesa do Meio Ambiente, Conselho Estadual da Condição Feminina, núcleo seminal das Delegacias da Mulher, Conselho da Participação e Desenvolvimento da Comunidade Negra, Conselho Comunitário de Segurança, assim como os conselhos destinados a discutir questões pertinentes aos jovens, aos idosos e aos portadores de deficiências. Criou também o Conselho de Reitores das Universidades Estaduais Paulistas e até uma comissão de apoio ao índio no estado, especialmente os índios guaranis. E praticamente no seu governo foi universalizado o acesso gratuito à Justiça, com os Juizados Especiais das Pequenas Causas (28 de maio de 1986), criados para resolver causas no valor de até dez salários mínimos. Isso ampliou os direitos da população carente e reduziu de maneira substancial o número de processos encaminhado ao Judiciário. Montoro era austero com o dinheiro público, não gastava mais do que tinha em caixa, projetava uma aura de honestidade e franqueza.

Montoro não era contrário à representação política, mas tinha profunda convicção de que a participação da sociedade, de diferentes maneiras – informação, consulta e execução direta das funções públicas –, formava consciências públicas. Ele estabelecia, assim, um relacionamento de vasos comunicantes entre o Estado e o cidadão, entre o talento político para liderar e o convencimento, entre as ideias e a ação.

Mas o que significa participação e descentralização? Antes de responder à questão vamos às raízes do pensamento de André Franco Montoro e da Democracia Cristã, distante, a um só tempo, do comunismo autoritário e do capitalismo selvagem.

---

81 ALBUQUERQUE, 2008, p. 169.

## Raízes sociais cristãs desde o princípio

Montoro era líder. Por que Montoro era líder? Porque ele se antecipava àquilo que ia acontecer, ele contrariava aquilo que estava acontecendo, propunha outro modelo e abria espaço para esse novo modelo. Ele fazia com que as coisas mudassem na direção daquilo que era antecipado na sua visão.

No final dos anos 30, exatamente em 1937, André Franco Montoro, então estudante do quarto ano de Direito da faculdade do Largo São Francisco e também de Filosofia e Pedagogia na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de São Bento (atual Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), dá o seu primeiro passo no escorregadio terreno das questões sociais: se filia à Juventude Universitária Católica, JUC, braço universitário da Ação Católica. No ano seguinte, determinado a enfrentar integralistas e comunistas, se candidata a presidente do Centro Acadêmico XI de Agosto.

No seu programa, incluiu uma “boa e suculenta sopa” que o Centro Acadêmico distribuiria pela manhã e ao meio-dia aos pequenos jornaleiros que, logo cedo, anunciavam as manchetes dos jornais na entrada da faculdade. Os meninos só podiam comer alguma coisa depois de vender toda a cota diária de jornais e prestar contas aos seus chefes, o que fazia da má alimentação a razão principal da tuberculose que grassava entre eles. Para tristeza dos jornaleiros, Montoro não foi eleito, mas seus ideais de solidariedade social viriam a evoluir e amadurecer, gradativamente, na forma de uma sociedade livre, justa e participativa.

Eram tempos de avanços do pensamento social cristão. O papa Pio XI<sup>82</sup>, antecipando-se ao pensamento resgatado hoje pelo papa Francisco, diria, já em 1939, ao criticar a ascensão nazista na Alemanha e o fascismo de Mussolini na Itália, além do ideário comunista, de feições totalitárias, na Rússia: “O grande escândalo do século XX foi ter a Igreja perdido a classe operária”.<sup>83</sup>

Passando das palavras à ação, a Igreja incentivava a formação de partidos democratas cristãos por toda a parte como uma versão política da sua doutrina social. O conceito de democracia cristã tinha suas origens no pensamento de Tomás de Aquino, com *A Cidade de Deus*, mas foi usado pela primeira vez em 1871, na França, pelo então bispo de Lyon, Lamourette. Germinou na Alemanha, França, Itália, Portugal e nos países da América Latina, notadamente no Chile.

A Itália do Pós Segunda Guerra Mundial foi um exemplo vivo dessa realidade: os democratas cristãos romperam a aliança com os comunistas, o que perdurou até perto do fim do conflito, ressuscitaram a figura de Cristo operário e disputaram nas fábricas o voto do trabalhador. Tiveram êxito. A Democracia Cristã seria hegemônica na Itália até 9 de maio de 1978, quando Aldo Moro, primeiro-ministro por cinco vezes, foi sequestrado e

---

82 O papa Pio XI ficou conhecido pelas suas encíclicas contra o nazismo, o fascismo e o comunismo. De caráter forte, condenou com a encíclica *Mit Brennender Sorge*, em 1937, a perseguição aos católicos na Alemanha. Também condenou o culto ao Estado e às raças. Ele influenciou a Igreja a se envolver com as questões sociais. Em 1931, Mussolini ordenou a dissolução das associações católicas na Itália.

83 RIBEIRO, 1987, p. 21.

barbaramente assassinado pelas Brigadas Vermelhas, após quase dois meses de cativoiro. Moro tentava articular um compromisso histórico com os eurocomunistas para formar um governo de unidade nacional e isso fez renascer os piores (e infundados) temores na extrema direita e no Ocidente conservador, especialmente nos Estados Unidos.

Entre nós, a ascensão da Democracia Cristã se daria lentamente, mas igualmente baseada nas encíclicas papais, principalmente nas de Leão XIII<sup>84</sup> e Pio XI, que, abertamente, mobilizavam a Igreja para o enfrentamento do autoritarismo e a afirmação dos direitos do homem. Nem Hitler nem Mussolini ou Stalin, mas a fraternidade cristã. A recepção dessa tese no Brasil pode ser acompanhada pela trajetória de Montoro. Seu próximo passo, seguindo a trilha aberta nos tempos da Faculdade de Direito e, em paralelo, como professor doutor em Direito e Filosofia<sup>85</sup>, seria dado no pós-guerra em Montevidéu (1949), onde lideranças cristãs de toda a América Latina se reuniram em um congresso para discutir o futuro.

Nesse encontro, estavam presentes os jovens Eduardo Frei Montalva e Gabriel Valdés, do Chile, e Rafael Caldera e Luis Herrera Campins, da Venezuela, entre outros que nas década seguintes defenderiam, de forma prática, a democracia e os direitos humanos.<sup>86</sup> Franco Montoro representou São Paulo, ao lado de Sobral Pinto e Alceu Amoroso Lima, que foram pelo Rio de Janeiro. Ao final de três dias de debates, Montoro ficou responsável pela organização política da Ação Católica em São Paulo, já que o estado representava “80 por cento do Brasil”.<sup>87</sup>

### **As pessoas moram no município, não no estado ou na União**

Montoro foi um homem de ideias e um homem de ação. Era um homem de convicções claras e firmes, adquiridas ao longo de uma formação intelectual sólida e uma ampla experiência de vida pública. Mas tinha a paciência de não colocar suas ideias na frente da realidade. Mas suas realizações são amplamente conhecidas na administração

---

84 Leão XIII, com a encíclica *Rerum Novarum* (1891), propôs, pela primeira, vez que a Igreja encontrasse soluções para os graves problemas do capitalismo, como a degradação da vida do operariado. Criticava o rápido avanço das contradições econômicas e sociais que a Europa experimentava, como a ausência de princípios éticos nas relações de produção e o liberalismo econômico. Esse foi o caminho que a Igreja encontrou para disputar espaço com o socialismo que se expandia.

85 A tese de doutorado de André Franco Montoro, em Filosofia, partia do princípio de que o objetivo da economia não era o lucro, mas o bem comum. Em outras palavras, o alvo era o ser humano, tendo o lucro como meio, não como fim.

86 Eduardo Frei ocupou a presidência do Chile entre 1964 e 1970 e foi substituído por Salvador Allende, que morreu defendendo seu governo durante o brutal golpe militar de 11 de setembro de 1973; Rafael Caldera foi presidente da Venezuela por duas vezes: de 1969 a 1974 e de 1994 a 1999; Luiz Herrera Campins ocupou a presidência da Venezuela de 1979 a 1984; Gabriel Valdés foi ministro nas Relações Exteriores do Chile entre 1964 e 1970 e, posteriormente, subsecretário da ONU para o desenvolvimento na região da América Latina. Viveu 92 anos e teve ativa participação na democratização chilena. RIBEIRO, 1987, p. 29.

87 RIBEIRO, 1987, p. 29.

do estado de São Paulo e na construção de instituições, sem esquecer a realização de um dos mais grandiosos movimentos políticos da nossa história, a campanha das Diretas e a consequente eleição de um governo democrático.

Franco Montoro entrou para a política pela porta do Partido Democrata Cristão, fundado em julho de 1945 pelo professor da Universidade de São Paulo Antonio Ferreira Cesarino Junior, jurista e precursor do direito do trabalho no Brasil. Esperou até 1951 para se candidatar a vereador. Foi o mais votado do PDC e se elegeu com quatro outros companheiros. Um jornalista do extinto Diário Popular escreveu no dia seguinte à instalação da legislatura: “Entre os vereadores novos, um tem pinta de líder, Franco Montoro. E esse vai longe.”<sup>88</sup>

Estava sendo profético, embora Montoro não tivesse concluído o mandato em protesto contra o comércio de votos para presidente da Mesa. Mas, na análise desse episódio, faltou um dado relevante, e esse também se relacionava com a ética e as crenças do vereador. Montoro, com ou sem mandato eletivo, enfrentaria o desafio da organização e da participação populares. O povo teria de ser o sujeito da realização dos seus próprios sonhos. Da curta passagem pela Câmara, aprendeu uma lição das mais proveitosas, que passou a repetir como um mantra:

Ninguém mora no estado ou na União. As pessoas moram é no município. Por isso, atender a população é apoiar o Município. É assegurar-lhe os meios de ação e iniciativas para resolver os problemas que digam respeito à qualidade de vida do cidadão em todos os setores: saúde, educação, lazer, trabalho etc.<sup>89</sup> [...] Tudo que puder ser feito pelo município deve ser feito por ele e não pelo estado e União. Fora disso, é a burocracia, a complicação, a ineficiência.<sup>90</sup>

Nascia assim o pilar central da filosofia de participação e descentralização administrativa que ele levou à prática no governo de São Paulo. Eleito deputado estadual em 1954, Franco Montoro reforçou suas convicções percorrendo todo o estado de São Paulo e estudando seus problemas. Novamente foi o mais votado do seu partido, o Democrata Cristão. Um dos primeiros frutos do trabalho de participação e integração foi o planejamento para que São Paulo e Rio de Janeiro aproveitassem as águas do Rio Paraíba não só na geração de energia elétrica, mas também na irrigação de arroz, piscicultura, lazer, transporte hidroviário e paisagismo. As negociações deram certo. Esse foi um dos primeiros planejamentos integrados de uma região no país, com projetos de médio e longo prazo.

Veio a eleição a deputado federal em 1959 e, eleito, no primeiro discurso Franco Montoro defendeu a integração econômica da América Latina, um tema que o acompanharia por toda a vida. Ele dizia que, se a Europa atuava unida, os países da América Latina não podiam atuar divididos: “Não podemos continuar sendo os estados desunidos do Sul”.<sup>91</sup> O

---

88 RIBEIRO, 1987, p. 30.

89 RIBEIRO, 1987, p. 41-2.

90 RIBEIRO, 1987, p. 48.

91 RIBEIRO, 1987, p. 138.

objetivo não era um bloco combatendo outro bloco, mas, em lugar dos conflitos, construir a solidariedade e a cooperação. Essa inversão de rota traria paz, estabilidade e justiça para os habitantes da América Latina, então cerca de 450 milhões de pessoas. Unidos, dizia Montoro, os países da América Latina seriam fortes. Desunidos, seriam fracos. Pensando na união latino-americana, o deputado fundou e presidiu o ILAM – Instituto Latino-Americano.<sup>92</sup>

Entre 1961 e 1962, Franco Montoro foi ministro do Trabalho e Previdência Social. Nova oportunidade de levar à prática a filosofia da participação e descentralização. Ele criou o Plano Nacional de Habitação e, em vez de centralizar a gestão em Brasília, por meio de uma máquina burocrática, incentivou as construções das casas pelas cooperativas e associações. Além disso, apoiou empresas que se dispunham a construir moradias para seus empregados e mobilizou órgãos como o Sesi, o Senai, o Sesc e o Senac para participarem do programa. Tudo com a fiscalização dos interessados. E o Programa Nacional de Habitação começou a decolar. A partir de 1964, o governo militar centralizou o processo de construção no BNH. Foi o império da burocracia.

### **Espírito participativo pela democracia**

No PDC, a democracia cristã tinha, nitidamente, duas vertentes, uma mais conservadora, ligada à matriz alemã do PDC, e a vertente mais progressista, que se preocupava com a questão da justiça social e a solidariedade cristã e que era a do Montoro e dos chilenos. Destacavam-se Eduardo Frei e Franco Montoro na América Latina, os dois grandes líderes do solidarismo cristão.

A partir de 1964, Franco Montoro se comportou com cautela, como se pisasse em ovos, mas não deixou suas ideias de participação e descentralização se volatilizarem. Percorreu todo o país, estado por estado, capital por capital, região por região, e reuniu-se com vereadores, estudantes e líderes sindicais, em busca de adesões para a plataforma social da Democracia Cristã. Montoro pregava a democracia, a justiça social e a liberdade. Para ele, o homem era a prioridade maior, não o lucro. Diretórios foram organizados por toda parte, governadores aderiram à pregação democrática do PDC. Havia entusiasmo e participação coletiva.

De repente, o governo deu o golpe dentro do golpe com o Ato Institucional número 2, que substituiu as eleições diretas para governadores pelas eleições indiretas, devolveu ao governo a prerrogativa de cassar mandatos e suspender direitos políticos, sem direito a defesa, alterou a composição do Supremo Tribunal Federal para controlar o Judiciário e extinguiu os partidos. O trabalho de organização parecia perdido. De uma penada, a ditadura caminhava para um fechamento ainda maior do país. Franco Montoro não se daria por ven-

---

<sup>92</sup> Foi de iniciativa do ILAM, junto à Assembléia Constituinte, em 1988, o art. 4º, parágrafo único da atual Constituição do Brasil, que assim dispõe: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. MONTORO, André Franco. Integração da América Latina em um mundo multipolar. São Paulo: ILAM, 1998. Pág. 49



cido, nem com o AI-2, nem com o AI-5, que acabou com a ilusão de abertura, permitindo fechar o Congresso e passar por cima da Constituição, como de fato aconteceu.

Além de ser um dos fundadores do Movimento Democrático Brasileiro, o MDB, Franco Montoro, reeleito deputado federal como o mais votado do partido em São Paulo, dedicou-se ao trabalho político em várias frentes: denunciou as contradições do chamado milagre brasileiro, tentou cercar o MDB de personalidades de notória representatividade e também procurou se aproximar da Ordem dos Advogados do Brasil, Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Associação Brasileira de Imprensa e Instituto dos Arquitetos e dos Engenheiros, sindicatos, associações profissionais, entidades civis, universidades, minorias. Era seu caminho para motivar a participação política em situações adversas. Costumava citar o filósofo Jacques Maritain<sup>93</sup>: “Quanto mais se avança na escuridão da noite, mais próximo está o clarão da madrugada”.

E Franco Montoro avançou na noite. O clarão da madrugada surgiu com a sua eleição para o governo de São Paulo – as eleições para governador faziam parte da política de abertura – e a campanha das *Diretas Já*, em defesa das eleições diretas para a Presidência da República. Em 1984, reuniu na Praça da Sé, no dia do aniversário de 430 anos da cidade de São Paulo – 25 de janeiro –, cerca de 200 mil pessoas, que gritavam: “Um, dois, três, quatro, cinco mil. Queremos eleger o presidente do Brasil”. Depois de 20 anos amordaçado, o cidadão saía às ruas para reivindicar democracia. Disse Montoro, ao discursar:

Perguntam se há aqui 300 ou 400 mil pessoas. Pela vibração e significação histórica deste ato, nossa resposta é outra. Aqui na Praça da Sé está presente a esperança de 130 milhões de brasileiros.<sup>94</sup>

O maior comício das *Diretas Já* ocorreria no Vale do Anhangabaú, também em São Paulo, com 1,5 milhão de pessoas. No Rio de Janeiro, houve o que se chamou de “Grito da Candelária”, com um milhão de pessoas. Em Belo Horizonte, um comício reuniu 250 mil pessoas. Os comícios se intensificaram. Segundo pesquisa do Instituto Gallup, oito em cada dez brasileiros eram a favor das eleições diretas. O regime militar estava ruindo.<sup>95</sup> E ruiu nas eleições diretas de 15 de novembro de 1989, que falavam a linguagem da participação popular.

---

93 Jacques Maritain, francês de nascimento, foi responsável pela divulgação do pensamento cristão no século XX, ao abordar temas como a liberdade, a beleza, a adesão à fé, a razão, a cooperação e a cultura. Humanista, foi um dos pais da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o anunciador do novo mundo sem fronteiras. 94 RIBEIRO, 1987, p. 104.

95 A Emenda Dante de Oliveira, que previa eleição para a Presidência da República pelo voto popular, não foi aprovada no Congresso (25 de abril de 1984) para decepção dos brasileiros, mas a oposição elegeu, pela via indireta, Tancredo Neves, que morreu antes de tomar posse, sendo substituído por José Sarney, ligado ao partido do regime militar. Foi a última eleição indireta para presidente da República.

## Democracia, participação e descentralização

Sempre apreciei Franco Montoro pela sua capacidade de dialogar e de respeitar o outro e sua efetiva lição de cristão. Era alguém que pregava a Democracia Cristã e ao mesmo tempo fazia com que ela pudesse ser aplicada na prática.

No governo, André Franco Montoro, que foi eleito com o número 5, adotou o mesmo número como uma espécie de espelho para suas diretrizes. Eram as seguintes:

1. Descentralização do poder e da economia pelo fortalecimento das regiões e municípios.
2. Participação de todos os setores da população nas decisões de interesse coletivo.
3. Geração de empregos por meio do financiamento e da execução de projetos que utilizem intensamente mão de obra.
4. Combate à corrupção e às mordomias.
5. Prioridade na aplicação de recursos públicos em educação, saúde, habitação, transporte coletivo e produção de alimentos.

Note-se que é uma plataforma muito atual, mas que, naquela época, surpreendia por começar citando a descentralização e a participação popular. Montoro começou cedo a elaborar seu programa de governo, auxiliado nessa tarefa por grupos de trabalho que se reuniam desde 1980 e produziram um documento que se chamava simplesmente *Proposta Montoro*. Eleito o 27º governador de São Paulo, com mandato entre 15 de março de 1983 e 15 de março de 1987, Franco Montoro cumpriu o que prometeu.

A descentralização e a participação popular são polos de uma mesma equação: dialogam entre si, uma não existe sem a outra. Quanto mais Montoro descentralizava o poder e repartia os recursos, mais o cidadão acreditava que a nova aliança entre governo estadual, municipal e comunidade possibilitaria maior economia de dinheiro público e menor custo burocrático. Franco Montoro, que dividiu o estado em 42 regiões administrativas, criou uma Secretaria Extraordinária de Descentralização e Participação, dirigida por José Gregori.

Vejamos alguns resultados: a construção de habitações populares, no que se relaciona à máquina do Estado, custou apenas 7%; o combate à dengue, em lugar dos 8 mil agentes sanitários que seriam contratados, mobilizou apenas 300, ficando o restante da ação por conta das comunidades, responsáveis pelas informações transmitidas nas escolas, nos bairros e nos municípios; ao final do governo Montoro, existiam 43 consórcios intermunicipais, envolvendo trabalhos conjuntos para resolver problemas comuns em 355 municípios, e outros dez consórcios, reunindo mais 92 municípios, estavam em fase final de implantação.

A grande obra de Franco Montoro foi associar uma visão política de solidariedade às pequenas obras. A força do conjunto fez a revolução descentralizadora e participativa. Os exemplos positivos se sucederam: os Fundos Municipais de Solidariedade eram mais de 500 ao final do governo; os Centros de Saúde e a nomeação de médicos pelos prefeitos tornaram-se realidade em todos os municípios: passou a ser lugar-comum o apoio e o

financiamento para a produção de alimentos, o acesso dos pequenos produtores à terra e a melhoria das condições de salário e emprego no campo. Com Montoro, o governo paulista foi pioneiro na guerra contra a fome, que começou com a produção de alimentos básicos destinados à merenda escolar numa fazenda do Estado em Araçatuba, distante 528 quilômetros da capital. Isso bem antes do Programa Fome Zero.<sup>96</sup>

### **Para além do humanismo e da liberdade: democratizar a democracia**

*A bandeira civilista, arvorada por Rui Barbosa, precisa de um estadista para alçá-la novamente. E Franco Montoro [...] é um dos líderes políticos que mais títulos possuem para empreender esta tarefa.*

**Alceu Amoroso Lima**

De fato, foi Rui Barbosa quem ergueu a bandeira dos temas sociais durante a Campanha Civilista, que chegou ao auge em 1910, na disputa pela Presidência da República com o marechal Hermes da Fonseca. Getúlio Vargas amenizou o drama social com os direitos trabalhistas e a política nacionalista, na busca por alternativas ao comunismo. Entre as duas épocas, o Brasil conheceu o Estado Novo e o segundo governo Getúlio Vargas, eleito pelo voto popular, que mais uma vez, procurou encarar os problemas sociais e propor uma opção ao comunismo, concedendo mais direitos aos trabalhadores e dando novo impulso ao nacionalismo e à industrialização.

Mas as transformações iniciadas, por força do suicídio do presidente e do golpe militar de 1964, ficaram (e permanecem) inacabadas. Montoro fez mudanças importantes, mais limitadas a São Paulo. Poderia levá-las à frente em âmbito nacional? Nunca se saberá. Franco Montoro teria chances de ter sido presidente se não abrisse mão da candidatura para que Tancredo Neves fosse ao Colégio Eleitoral. Mas a história não se faz com *se*.

O que se sabe é que as ideias-forças por trás de todas essas iniciativas eram a liberdade e o humanismo, o homem e sua felicidade estavam no centro de todos os objetivos. Franco Montoro, que sabia, por experiência própria, que o renascimento da vida pública no Brasil fora uma árdua conquista, queria romper com o chamado “assistencialismo” e instaurar um regime de autêntica participação e cooperação cidadã. Em suma, defendia a ampliação dos espaços públicos e do relacionamento do indivíduo com o Estado.

O que significa ser cidadão no Brasil? Quais as funções desempenhadas pelo terceiro setor? Qual o alcance dos movimentos urbanos e no campo? Qual o papel dos movimentos populares de cunho ideológico, a exemplo do MST? Como revigorar a atuação das Comunidades Eclesiais de Base, que chegaram a estar presentes em todo o território nacional? E as ONGs, como aperfeiçoá-las? São questões que a prática de Franco Montoro

---

<sup>96</sup> O Programa *Fome Zero* foi criado pelo governo federal em 2003. Substituiu o Programa Comunidade Solidária, que foi instituído em 12 de janeiro de 1995, para o enfrentamento da fome e da miséria.

fez aflorar em São Paulo, em particular, e no Brasil, no conjunto.

Além da filosofia social católica, da tolerância e da vocação para o diálogo com todas as correntes políticas e da prudência aristotélica, os segredos de Franco Montoro iam além do humanismo e da liberdade. Segundo José Hamilton Ribeiro, no livro *Os três segredos que fizeram o político mais votado do Brasil*, Franco Montoro tinha a seu favor o trabalho, a criatividade e a coerência. Era um político sob medida para as teses de Maquiavel e Shakespeare sobre a modelagem da reputação. O primeiro, Maquiavel, fala da coerência do homem público e da preservação do poder; o segundo, Shakespeare, diz que boa reputação é a “parte imortal” do ser, portanto, essencial.<sup>97</sup> Franco Montoro somava essas características. Ele viveu 83 anos. Seu trabalho, a despeito dos desdobramentos, ficou incompleto e precisa ter continuidade, ser aprofundado.

Os conselhos deliberativos existem desde o século XIX, numa avaliação mais contemporânea, e desde os idos da Revolução Francesa, numa visão mais histórica, se voltamos a Robespierre e aos ideais do exercício pleno da cidadania àquela época. Mas, em Florença, no tempo dos Medicis, já existiam conselhos que chegavam a reunir três mil pessoas. Em todas as ocasiões, os conselhos foram combatidos pelo poder dominante, como no caso da Rússia, que, após a Revolução de 1917, dissolveu os conselhos de operários e camponeses por entrarem em constante conflito com a linha partidária. Mas são vistos como democratizantes pela filósofa Hannah Arendt, que neles vislumbra a saída para a democracia na sociedade moderna.

Da Revolução Francesa aos dias atuais, o modelo de Estado mudou, e mudou muito. Da escassa intervenção na vida privada, limitada à garantia das liberdades individuais e ao monopólio da força, o Estado passou a ingerir-se fortemente em todos os aspectos da vida. Em contrapartida, tornou-se impotente em face das demandas sociais que fortaleceram os grupos de representação coletiva, fora do aparelho público, que colocam em questão as fronteiras entre o que é de interesse público e o que é de interesse privado. Franco Montoro caminhou na direção dessa última tendência: à luz da democracia, fomentou os conselhos deliberativos, de maneira planejada, como caminho aberto à participação popular na vida pública.

Ambicionava democratizar a democracia. Sanear a crise de confiança da sociedade nos seus representantes, tornando acessível aos grupos organizados da “sociedade civil” o coração do poder dos partidos políticos e os poderes centrais da república. Se opunha, assim, ao neoliberalismo e à hegemonia do mercado, à ideia de um mundo baseado no binômio Estado-mercado, que não corresponde aos anseios da sociedade.

Franco Montoro colheu o que semeou, na medida em que sua liderança inspiradora não foi esquecida. Ao contrário, com o passar do tempo, ela rejuvenesce e estimula a necessidade de se resgatar paradigmas na vida política. Franco Montoro tornou-se referência de democracia, justiça e liberdade. No Brasil atual, os conselhos deixaram de ser uma miragem ou uma utopia revolucionária para ganhar concretude como organizações indispensáveis à prática democrática.

Estima-se que dezenas de milhares de conselhos se multiplicaram pelo país. A Constituição Cidadã de 1988 foi fortemente influenciada pela participação popular e

---

97 SHAKESPEARE, *Otelo*, 2006, ato II, cena II (255-260).

suas raízes estão nas mobilizações sociais.<sup>98</sup> E, sem dúvida, a participação popular teve influência em leis como a da Ficha Limpa, do direito à Informação e dos Orçamentos Participativos. Mesmo no campo das políticas voltadas para a criança e o adolescente, em que os resultados não são dos melhores, é visível a crescente organização e participação da sociedade.

A iniciativa pioneira de André Franco Montoro está longe de alcançar a plenitude. Mas não há dúvidas: ela antecipou o amanhecer da democracia ainda na ditadura e foi seminal para introduzir a participação e a descentralização como antídoto para a candente questão social. Não por acaso, *conselho deliberativo*, *participação popular* e *descentralização* são hoje expressões de livre trânsito no mundo da administração e, sobretudo, no mundo político. O desafio, agora, é construir uma sociedade mais e mais descentralizada e participativa, em que as propostas dos conselhos e outras instituições participativas sejam efetivamente ouvidas e transformadas em prática. Independente das reformas que venham a ocorrer, esse é o caminho seguro, vale repetir, tanto para democratizar a democracia como para combater a corrupção e assegurar o bom uso do dinheiro público.

---

98 Das 122 emendas populares, 83 cumpriram os requisitos regimentais. Entre as emendas aprovadas no texto da Constituição, destaca-se a que prevê mecanismos de democracia direta: iniciativa popular de lei, plebiscito e referendo.

# Referências bibliográficas

- A batalha da descentralização e participação no governo Montoro*. Apresentação André Franco Montoro e Carlos Figueiredo. São Paulo: PW, 1987.
- ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon (organizador). *Franco Montoro*. São Paulo: Fundação Memorial da América Latina-Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008.
- ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Tradução de I. Morais. Lisboa: Relógio D'Água, 2001.
- BARROS, Laura Mendes Amando de. *Participação democrática e fomento nos conselhos deliberativos*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BIGNOTTO, Newton. *Maquiavel Republicano*. São Paulo: Loyola, 1991.
- BOUVIER, Pascal. *L'imagem en politique: théâtralité et réputation*. Savoie, FR: Université de Savoie, 2008.
- LAVALLE, Adrian Gurza. Na pátria da democracia “pós-participativa”: a quantidade e a pluralidade de suas instituições participativas fazem do Brasil um caso único no mundo, e impõem novos desafios. *Revista: gestão e participação pública*, nº 11. São Paulo: Rubens Naves - Santos Junior - Hesketh Escritórios Associados de Advocacia, 2012.
- LEVINE, Robert M. *Pai dos pobres: o Brasil e a era Vargas*. Tradução Anna Olga de Barros Barreto. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Brasil Bandecchi. São Paulo: Parma, 1984.
- NAVES, Rubens. *Novas possibilidades para o exercício da cidadania*. In: PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi PINSKY (organizadores). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2013.
- \_\_\_\_\_. Terceiro Setor: cidadania e interação com o Estado. In: TAVARES, André Ramos. *1988-2008: 20 anos da Constituição Cidadã*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Advocacia em defesa do Estado*. São Paulo: Método, 2008.
- \_\_\_\_\_ (coordenador). *Organizações sociais: a construção do modelo*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- SHAKESPEARE, William. *Otelo*. Tradução de Barbara Heliodora. In: *Tragédias e comédias sombrias*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2009, Teatro Completo, v. 1.
- RIBEIRO, José Hamilton. *Os três segredos que fizeram o político mais votado do Brasil*. São Paulo: Nossa Editora, 1987.

# O município como ente da federação brasileira – Luciana Temer

Doutora em Direito Constitucional pela PUC-SP  
Professora da Graduação da Faculdade de Direito da PUC-SP  
Professora da Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho

*Ninguém vive na União ou no Estado. As pessoas vivem no Município*

André Franco Montoro

## Introdução

A teoria federativa, na sua essência, pressupõe a contraposição entre soberania e autonomia. Ou seja, existe um Estado que é soberano, formado por entidades autônomas, unidas por um laço indissolúvel, que é a constituição. Estas entidades têm o mesmo status dentro da federação e, como regra, gozam dos direitos e submetem-se aos deveres estipulados para cada uma no texto constitucional.

Consideram-se elementos caracterizadores do sistema federativo a possibilidade de autoconstituição dos entes; autogoverno, autolegislação e administração; a participação das vontades parciais na vontade central, traduzida pela figura do Senado Federal; e a repartição constitucional de competências e rendas. Respeitada esta essência, cada Estado que opta pela forma federativa o faz no contexto de sua própria história e com uma construção específica. Por isso que entre o regramento da federação americana, berço da teoria federativa, e a brasileira, existe uma enorme distância.

Costuma-se dizer que a diferença entre a federações americana e brasileira é a sua origem, a medida em que a primeira é fruto de uma agregação de Estados originalmente soberanos e o nosso modelo é de desagregação de um Estado unitário. Mas a verdade é que, para além da origem, temos histórias constitucionais muito diferente, de grande estabilidade no Estado americano, sempre democrático, e de forte instabilidade no nosso, autoritário e centralizador na maior parte de sua existência. Ora, e como se materializa uma federação em um regime centralizador e autoritário? Não se materializa. A federação brasileira tem uma história de profunda debilidade.

Genaro Carrió, professor argentino de filosofia do direito, em sua obra *Notas sobre direito e linguagem*, ao tratar da aplicação das palavras à realidade, demonstra que nem tudo que nomeamos, corresponde a realidade do que nomeamos. Para isso dá o exemplo do sujeito que lhe pergunta se tem um gato na casa ao lado. Ele olha, vê um gato e afirma que sim. O sujeito insiste e pergunta se ele tem certeza de que é um gato. Ele volta e olha de novo. É quando o gato se vira e diz para deixá-lo em paz. Depois

desta fala, pode ele afirmar que aquele ser, que tem todas as características externas de um gato, é de fato um gato?<sup>99</sup>

Tomo a liberdade de transportar este exemplo do Carrió para a federação brasileira, que está formalmente declarada em todas as constituições desde 1891. Mas será que de fato ela existiu? Foi em um Estado Federal que vivemos em 1930 ou 1967?

O processo de construção democrática teve início nos trabalhos da constituinte de 1988 e a Constituição Federal que dela nasceu traduziu um importante momento de amadurecimento político do país. A consolidação de um sistema verdadeiramente democrático e federativo é um grande desafio que vem sendo trabalhado cotidianamente pela sociedade civil organizada e pelas ações dos poderes executivo, legislativo e judiciário, que vão construindo concretamente os contornos desta democracia e desta federação.

Um destes desafios, sem sombra de dúvida, é entender que papel os municípios desempenham na nossa federação. Isso porque a Constituição de 1988, pela primeira vez, declarou-os como entes federativos, criando assim um federalismo de 2º grau, no qual eles têm o mesmo status que os Estados, Distrito Federal e União; e se auto constituem por Leis Orgânicas, que se submetem a duas ordens normativas, a Constituição Federal e a Constituição Estadual respectiva.<sup>100</sup>

Se já é difícil para um Estado naturalmente centralizador construir uma história de descentralização política real para os estados membros, imagine o enfrentamento que é ampliar esta descentralização para os municípios. Nossa proposta é analisar, por meio de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, como essa recém conquistada autonomia é compreendida e assimilada em alguns de seus aspectos.

## 1. Breve histórico da federação brasileira

Entender um pouco da nossa história constitucional, que começa com a abertura dos trabalhos da primeira Assembleia Constituinte, em maio de 1823, ajuda a dimensionar o que significa esta luta por um Estado democrático e descentralizado.

Já no discurso de instalação da assembleia o Imperador deixa claro que se considerava tão constituinte quanto os demais constituintes, mas com mais prestígio, porque os

---

99 CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*, pgs 35/36 Primeira edição. Editora Abeledo-Perrot . Buenos Aires, 1972

100 José Afonso da Silva, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, resiste a ideia do município como ente federativo, entendendo que: *Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação* (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 474-475). Já Hely Lopes Meirelles faz questão de afirmar que *o Município Brasileiro sempre fez parte da Federação. E a Constituição de 1988 assim o declarou em seus arts. 1º e 18, corrigindo essa falha* (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47.)



antecedera e era o defensor perpétuo da nação.<sup>101</sup> Impunha, com sua fala, condicionantes à um poder que deveria ser inicial, autônomo e incondicionado, posto que poder constituinte originário. Em novembro do mesmo ano dissolveu-a e outorgou uma constituição que consagrou a figura do Poder Moderador e que se manteve por 65 anos, a mais longa da nossa história e com apenas uma emenda.

Em 1889, cai a monarquia e o governo provisório baixa o Decreto n. 1, transformando o Brasil em uma república federativa. Em seguida foi nomeada uma comissão de notáveis para elaborar o anteprojeto da constituição que, após ser submetido e aprovado pela assembleia constituinte eleita, daria legitimidade jurídica ao novo sistema. O Estado Federal, portanto, foi obra de dois poderes constituintes de primeiro grau, o do governo provisório, revolucionário e fático, e o do Congresso Nacional, poder de direito, emanado do anterior com a tarefa de soberanamente fazer a constituição com base nos ideais da revolução.

Como não podia deixar de ser, a questão central na constituinte foi a repartição de competências entre União e Estados. Das duas correntes existentes, os unionistas e os federalistas radicais, acabou prevalecendo a corrente mais conservadora, com tendência centralizadora.

Sob o ponto de vista ideológico a Constituição de 1891 foi a coroação do liberalismo no Brasil, mas, na realidade, o texto liberal não teve força suficiente para mudar os hábitos autoritários. O poder ficou concentrado nas mãos do poder executivo da União e a intervenção federal se transformou em instrumento político frequente.

Essa situação se agravou em 1924, quando na vigência de um estado de sítio e com a situação política muito instável, iniciou-se uma revisão constitucional, que terminou em 1926, com uma centralização ainda maior do poder na figura do presidente e a diminuição de atribuições do Congresso Nacional. O princípio federativo virou mera retórica.

A revolução de 1930 marcou a queda da primeira constituição republicana e inaugurou o Estado social no Brasil, promovendo uma reflexão sobre o coronelismo, a miséria camponesa, oligarquia na política, e outras mazelas da nossa sociedade. Mas Getúlio Vargas acabou por instaurar uma ditadura pós revolução, legislando e governando por decreto-lei em um governo provisório. Em 1932 a Revolução constitucionalista ocorrida em São Paulo exigia justamente a elaboração de uma nova constituição.

Sob forte pressão, instaura-se a assembleia constituinte de 1934, que já inicia seus trabalhos cerceada por um regimento interno decretado pelo governo. Novamente a questão federativa foi um das grandes embates. A distribuição de renda entre União e Estados foi objeto de acirrada disputa na medida em que alguns parlamentares tinham consciência de que a autonomia dos Estados não se sustenta se não possuem recursos financeiros compatíveis com as tarefas que têm a cumprir.

Os constituintes trabalharam sob forte coação, assim como a imprensa, que foi censurada durante todo o período. Natural que, ao final, tenha prevalecido a tendência

---

101 BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

mais centralizadora, que garantiu a ampliação das atribuições do poder executivo central. Enquanto a Constituição de 1891 inspirou-se no modelo liberal americano, a de 1934 inspirou-se no modelo europeu, na constituição alemã de Weimar, mantendo a divisão de poderes, mas com um executivo fortalecido e com maiores possibilidades de decretar estado de sítio.

A Constituição de 1934 teve vida curtíssima, pois substituída por uma constituição outorgada em 1937. Havia um dispositivo na chamada constituição polaca prevendo expressamente que o texto seria submetido a um plebiscito, que a legitimaria ou não, no entanto, isso nunca aconteceu.

Entre as atribuições do presidente, estava dissolver a câmara dos deputados caso esta não aprovasse as medidas tomadas no estado de emergência ou de guerra, escolher dez dos integrantes do Conselho Federal (que substituiu o Senado) e indicar um dos candidatos à presidência. A justiça eleitoral foi extinta, bem como os partidos políticos. Havia ainda o art. 171, que determinava que, na vigência do estado de guerra, era o presidente que dizia o que estava vigente ou não no texto constitucional. Além disso, os atos praticados durante os estados de guerra ou emergência, e em razão deles, não se submetiam a apreciação do poder judiciário. Enfim, a competência dos poderes legislativo e judiciário era meramente formal, tendo sido retiradas as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos dos magistrados.

Foi só após o Brasil ter lutado ao lado dos aliados na Segunda Guerra Mundial que surge um movimento nacional de repúdio ao Estado novo. Os militares derrubaram Getúlio e entregaram a Presidência da República ao Presidente do Supremo Tribunal Federal, que cuidou de redemocratizar o país.

Nasce então a Constituição de 1946, que recuperou os princípios da separação de poderes e do federalismo. A aprovação do estado de sítio passou a ser apenas do Congresso Nacional, novamente composto por Câmara e Senado; a organização partidária era livre, exceto àquela cuja plataforma violasse os princípios democráticos; e o partido comunista, pela primeira vez, teve representantes na assembleia. Celso Bastos afirmava ter sido essa a melhor constituição que tivemos, pois equilibrava a liberdade política com a preocupação social.<sup>102</sup>

Em 1964 veio o golpe militar, que governou o Brasil por meio de atos institucionais de 1964 a 1967. O Ato Institucional n. 1 incorporou o decurso de prazo; o direito de suspender os direitos políticos por dez anos; e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída sua apreciação judicial. O Ato Institucional n. 2 extinguiu os partidos políticos; estabeleceu eleição indireta para presidente e vice; autorizou o Presidente da República a editar decretos-leis sobre matéria de segurança nacional; a decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, em estado de sítio ou não, podendo, nestes casos, legislar por decreto lei sobre todas as matérias de competência destes entes. O Ato Institucional n. 3 estendeu a eleição indireta para governadores e vice-governadores.

---

102 18 BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional, p. 200. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

O Ato Institucional n. 4 convocou o Congresso Nacional a votar um novo texto constitucional, em um prazo de quarenta dias, entre natal e o começo de ano. A intenção era legitimar o governo aos olhos do mundo, transformando o Congresso Nacional em poder constituinte. Mas as discussões no Congresso eram cerceadas por cassações e, neste clima, foi “promulgada” a Constituição de 1967.

O Ato Institucional n. 5, de dezembro de 1968, englobava todas as disposições constantes nos atos anteriores, acrescentando a possibilidade de intervir em estados e municípios, detalhando as consequências das cassações de direitos políticos, suspendendo a garantia do *habeas corpus* e concedendo arbítrio total ao presidente para decretação do estado de sítio ou sua prorrogação. Em seguida veio a emenda constitucional n. 1, de 1969, que para alguns juristas substituiu a Constituição de 1967, tornando-se de fato a nova carta.

Foram dez longos anos da chamada abertura política, até que em 1985 Tancredo Neves foi eleito presidente, ainda por eleições indiretas. Tancredo morreu antes mesmo de tomar posse e quem assumiu foi o vice, José Sarney, que encaminhou ao Congresso Nacional proposta de emenda constitucional pela convocação de uma nova constituinte, aprovada como emenda n. 26.

Nasce então a Constituição de 1988, fruto de amplo processo de discussão e participação popular. Uma constituição analítica e extensa, que procurou atender às diversas demandas sociais existentes, e garantir um Estado Democrático de Direito.

O quadro deste breve histórico constitucional nos permite calcular o tempo que o Brasil viveu em regimes autoritários e democráticos, somando-se até a promulgação da Constituição Federal de 1988 mais ou menos 105 anos de períodos autoritários contra 59 anos de períodos democráticos. Se adicionarmos o tempo de existência da nossa constituição atual, isso dará mais 28 anos de regime democrático para o Brasil, o que soma 87 anos de democracia contra 105 anos de autoritarismo. Portanto, ainda faltam 18 anos para equilibrarmos os períodos de democracia e autoritarismo no Brasil.

Como não há maneira de um sistema federativo, que pressupõe descentralização, se efetivar em regimes autoritários, concluímos que o Brasil, de direito, é uma federação desde 1981, mas de fato só nos momentos mais democráticos deste Estado.

## **2. Das questões constitucionais envolvendo autonomia municipal**

Desde a promulgação da Constituição, muitos casos envolvendo a autonomia municipal foram levadas ao Supremo Tribunal Federal. Dentre elas, destacamos três que consideramos mais relevantes: as discussões sobre a criação de novos municípios; sobre a redução do número de vereadores; e sobre a interpretação da competência legislativa municipal.

### **2.1. Da criação de Municípios**

Vamos começar pela regulamentação constitucional para a criação de novos municípios. Trata-se de questão que tem relação com a autonomia dos municípios, mas também dos estados, na medida em que a constituição entregava grande poder decisório

ao estado ao qual o município pertencia. O texto original do artigo 18 § 4º da CF, trazia a seguinte redação:

*§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios preservarão a continuidade e a unidade histórico-cultural do ambiente urbano, far-se-ão por lei estadual, obedecidos os requisitos previstos em Lei Complementar estadual, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações diretamente interessadas.*

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) hoje temos 5.570 municípios no Brasil, 79,69% com população inferior a 30 mil habitantes e 88,34% com população inferior a 50 mil, dos quais quase 2 mil criados entre 1988 a 1996, período de vigência desta norma.<sup>103</sup>

A Emenda Constitucional n. 15 foi aprovada para frear o aumento indiscriminado de municípios que estavam sendo criados sem a menor condição de sustentabilidade, em razão de interesses puramente políticos e que sobrevivem, quase que exclusivamente, do Fundo de Participação dos Municípios – FPM. A redação do art. 18 § 4º passou a ser a seguinte:

*§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. (grifos nossos)*

Conforme se verifica, passa a haver a exigência do Estudo de Viabilidade Municipal e de uma lei complementar federal estabelecendo o período no qual a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de municípios é possível. A emenda, de 1996, foi objeto de vários questionamentos, mas só em maio de 2007 o Supremo Tribunal Federal julgou as ações relativas ao tema.

A primeira delas foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.395-1, impetrada pela Mesa da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul por entender que o novo texto feria a cláusula pétreia que garante a forma federativa de Estado. Por maioria de votos a corte decidiu pela improcedência da ação, tendo ficado vencido o ministro Marco Aurélio, que considerava demasiada ingerência na autonomia estadual, portanto, materialmente inconstitucional.

Contra a criação do Município de Luiz Eduardo Magalhães, na Bahia, o Partido dos Trabalhadores propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.240-7. O município havia sido criado obedecendo o regramento original da constituição, com a Emenda n. 15 já em vigor.

Como ministro relator, Eros Grau propôs a declaração de improcedência da ação diante de uma questão fática intransponível, qual seja, a existência concreta de um muni-

---

103 [http://ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2014/estimativa\\_dou.shtml](http://ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2014/estimativa_dou.shtml)

cípio que nascera há sete anos. Eventual declaração de inconstitucionalidade geraria sérias consequências na vida das pessoas que ali habitavam. Sugere ainda que essa situação havia sido causada em parte por inércia da Corte, uma vez que a ação foi proposta em 2000, ano em que o município foi criado, e só estava sendo julgada sete anos depois.

O ministro Gilmar Mendes, no entanto, propõe que se julgue procedente a ação, mas com modulação dos efeitos, de forma que não haveria declaração de nulidade pelos 24 meses seguintes. A intenção era que, neste prazo, o Congresso aprovasse a lei complementar federal, que poderia eventualmente resolver esta e outras situações semelhantes que chegavam ao Supremo. Com isso, buscava-se conciliar o *mundo do ser* com o *do dever ser*. O relator acabou por mudar o seu voto para acompanhar a solução proposta, que ao final prevaleceu. Ficou vencido o ministro Marco Aurélio, que votava pela declaração imediata de nulidade da norma criadora do município.

Essa decisão orientou o julgamento das outras três ações diretas de inconstitucionalidade que tinham por objeto a criação e desmembramento de municípios: a ADI 3.689-1, contra a criação do município de Água Azul do Norte, no Pará; a ADI 3.316-6, contra a criação do Município de Santo Antônio do Leste, em Mato Grosso; e a ADI 3.489-8, contra o desmembramento de um município em Santa Catarina.

Na sequência, a Corte julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 3.682-3, proposta pela Assembleia Legislativa do Mato Grosso do Sul contra o Congresso Nacional. Considerando o lapso de onze anos entre a promulgação da emenda e a data do julgamento sem a existência da lei federal, o Supremo Tribunal julgou procedente a ação e sugeriu ao Congresso, uma vez que não tem o condão de obrigá-lo, que a lei fosse editada em um prazo de até 18 meses, e que cuidasse das situações declaradas inconstitucionais sem declaração de nulidade já julgadas.

O Congresso Nacional, por sua vez, não chegou a um consenso sobre a redação da lei federal, mas para não deixar desatendidos referidos casos, antes que o prazo de vinte e quatro meses se esgotasse, promulgou a Emenda Constitucional n. 57/2008, criando o art. 96 do ADCT, cujo teor é o seguinte:

*Art. 96. Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.*

Com isso resolveu o problema dos municípios criados inconstitucionalmente neste período, mas não conseguiu, até hoje, resolver definitivamente a questão. Em 2013 o Congresso Nacional chegou a aprovar projeto de lei regulamentador da matéria, mas foi integralmente vetado pela presidente da República, por contrariedade ao interesse público, uma vez que permitiria a “expansão expressiva” do número de municípios.

A impossibilidade jurídica de criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios em decorrência da ausência de regulamentação federal, não impediu que novos municípios fossem criados, mesmo após o período estabelecido na Emenda Constitucional. Este é, por exemplo, o caso do Município de Extrema de Rondônia, cujo julgamento da inconstitucionalidade (ADI 4.992) se deu em 2014. No entanto, estes novos casos, diferentemente dos primeiros, vêm sendo julgados inconstitucionais com declaração imediata de nulidade.

## 2.2. Da redução do número de vereadores

Outra situação que ensejou forte debate foi a decisão sobre o número de vereadores que cada Câmara Municipal pode ter. A redação original do artigo 25, IV do texto constitucional estabelecia a regra de proporcionalidade entre o número de vereadores e a população do município, da seguinte forma:

*IV - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites:*

- a) mínimo de nove e máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes;*
- b) mínimo de trinta e três e máximo de quarenta e um nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;*
- c) mínimo de quarenta e dois e máximo de cinquenta e cinco nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;*

Como se verifica, a interpretação literal da norma é bastante elástica pois, em tese, se um município tem 10 mil habitantes, pode ter 9 ou 21 vereadores, assim como o que tem 1 milhão de habitantes. Mas é claro que a interpretação não pode ser literal, mas sim sistemática, de forma a compreender que é preciso, nesta escolha, respeitar princípios como a moralidade, impessoalidade e economicidade impostas à gestão pública.

Com base na imoralidade na escolha do número de vereadores o Ministério Público passou a ingressar com Ações Cíveis Públicas contra vários municípios. A questão chegou ao Supremo pelo Recurso Extraordinário n. 197.917-8, julgado em junho de 2002 contra o Município de Mira Estrela, que tinha 2.651 habitantes e 11 vereadores. O relator, ministro Maurício Corrêa, diante da relevância da discussão e da divergência existente quanto a interpretação do dispositivo constitucional, propôs a remessa do julgamento ao pleno.

O seu voto foi pela declaração de inconstitucionalidade da Lei Orgânica de Mira Estrela, pois entendeu que a constituição exigia obediência a uma proporcionalidade que não estava sendo respeitada. Propôs ainda uma tabela aritmética rígida, dentro dos parâmetros constitucionais, que deveria ser aplicada como regra para todos os municípios, já que o problema se estendia a vários deles.

A Corte já se manifestara sobre questão semelhante em duas ocasiões anteriores, tendo concedido liminar para suspender dispositivos das Constituições dos Estados de Tocantins (ADI 1.038) e Goiás (ADI 692) que haviam imposto aos municípios o número de vereadores que cada um deveria ter. As decisões foram no sentido de que o constituinte tinha entregue aos municípios a competência para determinar, nas respectivas Leis Orgânicas, o seu número de vereadores, respeitado apenas o mínimo e máximo estabelecidos na Constituição Federal.

Contrariando o voto do relator, o ministro Sepúlveda Pertence fez referência às citadas decisões e defendeu que a Constituição tinha entregado exclusivamente aos muni-

cípios a decisão sobre o número de vereadores. Qualquer ingerência externa neste assunto feriria a autonomia municipal e, portanto, o princípio federativo. Argumentou que a Constituição de 1988 trazia uma nova lógica na relação com os municípios e que a opção pelo modelo proposto pelo relator, entre duas leituras possíveis, era a mais centralizadora e tradicional, enquanto ele preferia ler no dispositivo constitucional, “um campo experimental de exercício do inédito poder de auto-organização municipal”. Seu voto foi acompanhado pelos ministros Marco Aurélio e Celso de Mello.

Mas a posição mais conservadora em relação a autonomia municipal acabou por prevalecer e a Lei Orgânica de Mira Estrela foi declarada inconstitucional. A proposta de modulação dos efeitos da decisão sugerida pelo ministro Gilmar Mendes foi acatada, restando legitimado o quadro de vereadores daquela legislatura e devendo a nova regra ser aplicada somente a partir da legislatura seguinte.

A partir desta decisão e da tabela elaborada pelo relator, o Tribunal Superior Eleitoral editou a Resolução 21.702, estabelecendo a regra aritmética de proporcionalidade a ser seguida por todos os municípios.

Esta Resolução foi objeto de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.345) proposta pelo Partido Progressista e julgada improcedente. Entre outros fundamentos, entendeu a Corte que a Resolução nº 21.702/2004 decorreu justamente da assimilação pelo TSE da eficácia irradiante dos motivos determinantes que fundamentaram o julgamento do RE n. 197.917-8, portanto, em respeito a interpretação concretizadora do Supremo Tribunal Federal.

Em 2009 o Congresso Nacional elaborou a Emenda Constitucional n. 58 que reformulou o art. 29, estabelecendo uma escala proporcional entre o número de vereadores que compõe a Câmara e o número de habitantes do Município em 24 categorias distintas, desde 9 até 55 vereadores, sendo o número de 9 para Municípios de até 15.000 habitantes e de 55 para Municípios de mais de 8.000.000 de habitantes.

### **2.3. Da competência legislativa municipal**

Também de fundamental importância a discussão sobre a repartição constitucional de competências. O constituinte de 1988 adotou o princípio da predominância do interesse como critério para tal repartição, entregando à União matérias de interesse geral, aos Estados, de interesse regional, e aos Municípios, matérias que são predominantemente de interesse local.<sup>104</sup>

O município possui competência material comum e própria, e competência legislativa para tratar de *assuntos de interesse local* e para *suplementar a legislação federal*

---

104 Segundo Hely Lopes Meirelles, *o chamado interesse local se caracteriza pela predominância e não pela exclusividade do interesse para o município, em relação ao do Estado e da União. Isso porque não há assunto municipal que não seja reflexamente de interesse estadual e nacional. A diferença é apenas de grau, e não de substância*. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p. 121. Malheiros Editores, São Paulo, 1996.

*e estadual no que couber* (art. 30, I e II da CF). Estas duas expressões, que definem as competências legislativas dos municípios, são na verdade carentes de significação exata, ou seja, o que vai preenchendo o seu conteúdo, traçando seus limites, é a interpretação que desde a promulgação da Constituição de 88 o poder judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, vem dando aos casos concretos. Ocorre que o delineamento destas competências pode levar, sem sombra de dúvida, a uma maior ou menor autonomia municipal.

Um dos casos que nos propomos a analisar diz respeito as “queimadas” existentes no Estado de São Paulo. Trata-se da prática da queima da palha de cana de açúcar, cuja fuligem produzida traz enormes prejuízos para a saúde da população das cidades atingidas, e em especial para os trabalhadores dos canaviais que acabam por inalar gases cancerígenos.

O Estado de São Paulo, com base na competência concorrente para tratar de meio ambiente (art. 24, VI da CF), editou as Leis n. 10.547/00 e 11.241/02, estabelecendo o ano de 2031 como data limite para a mecanização das colheitas e consequente fim da prática das queimadas. Mas como o problema para certos municípios é muito grave, alguns resolveram adotar leis proibindo a prática imediatamente, ou estabelecendo prazos mais curtos para a mecanização das colheitas.

Contra cada uma das leis municipais promulgadas, os sindicatos da Indústria de Fabricação do Alcool de São Paulo (Sifaesp) e da Indústria do Açúcar de São Paulo (Siaesp), ingressaram como ações diretas de inconstitucionalidade junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a alegação de inconstitucionalidade formal por invasão de competência estadual. Em sua defesa, os municípios alegavam legislar com base na competência comum para cuidar da saúde e meio ambiente (art. 23, II, da CF) e na competência própria para tratar de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual. A verdade é que, como os municípios não estão incluídos na competência concorrente prevista no artigo 24 da Constituição, uma análise superficial poderia levar à conclusão de que eles não teriam competência para legislar sobre referida matéria.

Esta foi justamente a conclusão do órgão especial do Tribunal de Justiça ao julgar as primeiras ações impetradas, declarando as leis municipais inconstitucionais por usurpação de competência. Mas ao decidir a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 129.132.0/3 contra a Lei n. 3.963/05 do Município de Limeira, o voto do desembargador Renato Nalini, favorável às leis municipais, foi capaz de mudar a posição do Tribunal, que admitiu a competência do município para legislar de forma mais restritiva que o Estado.

Na decisão foram invocados documentos internacionais sobre a matéria, em especial a Declaração das Nações Unidas de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, e a Carta do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, redigida ao término do congresso promovido pela ONU, em 1992; e a afirmação de que, quando se trata de saúde e meio ambiente, deve prevalecer a legislação mais protetiva.

A partir deste caso o Tribunal começou a julgar constitucionais leis semelhantes, mas os efeitos das decisões foram suspensos por liminar em recurso extraordinário impetrado no Supremo Tribunal e concedido pela então presidente, ministra Ellen Gracie.

A questão era bastante controversa, tanto que a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça manteve, na mesma época, a decisão do Tribunal de São Paulo que proibiu a queimada de palha como método preparatório para colheita de cana-de-açúcar no interior de



São Paulo. A proibição foi estabelecida no julgamento de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público estadual com o objetivo de proteger o meio ambiente e a saúde dos trabalhadores que fazem o corte da planta.

O número de ações envolvendo o tema fundamentou o reconhecimento da existência de repercussão geral, no RE 586.224, relatado pelo ministro Eros Grau, no qual se discutiu a lei n. 1.952/95 do Município de Paulínia. Com a aposentadoria do ministro Eros Grau, assumiu a relatoria o ministro Luiz Fux, que diante da complexidade da matéria, convocou audiência pública para aprofundamento da questão.

Ao final, a decisão prolatada em 2015 foi de inconstitucionalidade da lei municipal porque, ao criar uma situação de imediata proibição das queimadas, extrapolou a sua competência legislativa. Ou seja, havia competência do município para legislar, com base na competência material comum (art. 23, VI), e legislativa suplementar (art.30, II), mas não podia contrariar as normas federal e estadual sobre a matéria. Conforme se extrai de parte do texto da ementa:

*Por unanimidade, o Tribunal firmou a tese de que o município é competente para legislar sobre o meio ambiente com a União e Estado, no limite do seu interesse local e desde que tal regramento seja harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, inciso VI, c/c 30, incisos I e II, da Constituição Federal). (grifos nossos)*

Em sentido contrário, admitindo que a lei municipal pode prevalecer frente a legislação federal, temos a decisão do Recurso Extraordinário n. 179.285-0, julgado em dezembro de 1998. Trata-se de discussão sobre a constitucionalidade da Lei n. 889/86 do município do Rio de Janeiro que exige, para ingresso em concurso de magistério de 1º grau, licenciatura plena, enquanto a Lei federal 5.692/82, exigia licenciatura de primeiro grau obtida em curso de curta duração.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro havia julgado a lei inconstitucional já que não competia ao Município legislar sobre o tema. Mas o ministro Marco Aurélio, relator do recurso, entendeu trata-se de competência concorrente imprópria, decorrente da combinação da competência material do artigo 23,V, com a competência legislativa do artigo 30. Assim, o Município estaria autorizado a legislar, devendo a lei federal ser considerada como piso para a exigência de qualificação do professor e não como teto.

Neste mesmo sentido, de que na competência legislativa vertical, em especial quando se trata de saúde e meio ambiente, a norma federal funciona como piso e não como teto protetivo, mas envolvendo autonomia estadual, insere-se a decisão, em sede de cautelar, da ADI n. 3.937-7, julgada em 2008, referente a Lei do Estado de São Paulo n. 1.2684/07 que proibiu o uso de qualquer tipo de amianto, quando a Lei Federal n. 9055/95 autoriza a utilização de uma das espécies. Em seu voto, o ministro Lewandovski citou o exemplo da lei do Estado de São Paulo de proteção aos mananciais, que é mais rigorosa que o Código Florestal e que o Código das Águas, e lembrou que este mesmo entendimento já era defendido pelo ministro Francisco Rezek.

Neste caso estamos diante de evolução jurisprudencial, uma vez que a Corte já havia julgado inconstitucionais por contrariarem a lei federal, as leis proibidoras do uso do amianto nas ADI 2.396-9, contra a lei do Mato Grosso do Sul, e ADI 2.656-9 contra lei de São Paulo, ambas em 2003. O entendimento prevalente era de que, como a competência constitucional para tratar a questão da saúde e meio ambiente é concorrente (art. 24, VI e XII), cabe a União legislar sobre a norma geral e ao Estado sobre a norma específica, desde que não contrarie a lei federal.

Quanto a competência dos Estados, parece que estamos evoluindo para uma interpretação que favorece a descentralização e a autonomia, mas acho que não se pode dizer o mesmo da interpretação quanto aos limites da competência municipal.

### **Conclusão**

Como se verifica nas poucas decisões trazidas para reflexão, ainda existe uma grande dúvida sobre qual a extensão da autonomia municipal nesta nova configuração federativa. Em todos os casos tratados, a interpretação acabou por restringir o seu grau autônomo. Vejamos.

Nas duas primeiras situações, criação de municípios e restrição do número de vereadores, o que está em discussão é a violação ou não da cláusula pétreia que garante a federação. A interpretação de que o que se garante com a petrificação é o conceito de federação querido pelo constituinte de 88, mas não o texto literal originalmente elaborado, já está pacificada pelo Supremo Tribunal Federal. A ementa da decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.024, julgada em 2007, é explícita neste sentido:

*A “forma federativa de Estado” – elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República – não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.*

Desta forma, é na interpretação concreta da norma que se verifica se há ou não violação à Constituição. Tanto no caso da criação dos municípios como na restrição do número de vereadores houve, indiscutivelmente, diminuição da liberdade de atuação dos entes federativos, mas no entendimento do Supremo Tribunal estas restrições autônomas não ferem a essência do princípio federativo, portanto, são constitucionais.

Ainda que se julgue constitucionais estas restrições, o recado dado foi de que os municípios não estão maduros o suficiente para decidirem sobre certos assuntos, e ainda precisam ser tutelados.

No terceiro caso, da interpretação sobre a extensão da competência legislativa, a mensagem é a mesma. Não há uma fórmula preestabelecida para verificarmos quando estamos diante de interesse local, portanto, competência legislativa municipal que deve preponderar sobre as demais ou quando esta competência é suplementar e deve se submeter às normatividades federal e estadual, ou não. E ficamos com interpretações casuísticas.

A questão que se coloca é: Mas dá para ser diferente? A verdade é que o nosso sistema federativo não criou mecanismos suficientemente eficientes para atender a assimetria real de um país com as dimensões territoriais e diversidade econômica, social e cultural como o nosso. Se há imensas diferenças entre os 26 Estados brasileiros, que dirá entre os 5.570 municípios. No Estado de São Paulo temos a capital, com 12 milhões de habitantes, e Bora, com menos de 900 habitantes. Será possível estabelecer o mesmo grau de autonomia para ambas? Repensar o pacto federativo é seguramente uma exigência para avançarmos na construção de um Estado de fato descentralizado, e abandonar definitivamente a nossa tendência histórica à centralização.

# Franco Montoro e o contributo para o pensamento e ação democráticos – Guilherme Amorim Campos da Silva

Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Diretor e Professor permanente do curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da UNINOVE. Advogado.

Franco Montoro foi raro personagem brasileiro, que soube aliar o pensamento reflexivo com ação; a formulação doutrinária com seu teste prático na realidade; o discurso teórico com a construção coletiva do saber e o chamado à participação para a mudança social.

No campo jurídico político, percebeu que sua atuação acadêmica doutrinária não poderia estar dissociada do compromisso com a sociedade de seu tempo.

Daí porque, podemos denominar seu pensamento de *teórico engajado*, em que a *validade de suas afirmações e conclusões* decorriam, sempre, do atendimento às premissas-binômio *valores humanistas e protagonismo do indivíduo social*.

No campo da teoria geral do direito, Montoro desenvolveu o integrou doutrinariamente o conceito de *democracia*.

Para Franco Montoro,

Democracia não é uma palavra vaga. Mas, sim, o valor fundamental da vida pública. Democracia significa governo do povo. E, portanto, o contrário do mandonismo e da centralização do poder. Construir a democracia significa substituir o centralismo autoritário por formas de participação dos diferentes setores da população nos assuntos de interesse coletivo. (1990)

Em outra ocasião, no seio de mandato parlamentar, Montoro observou que

A democracia não representa apenas uma fórmula jurídica, mas principalmente a condição de defesa da própria dignidade humana.(1962)

Por essa ótica, o conseqüente do pensamento de Montoro exige que o indivíduo, longe de ser *destinatário* da ação democrática seja, antes, seu protagonista e razão de desenvolvimento.

Daí porque entendia que o núcleo de materialidade do conceito democrático deveria se opor sempre à perspectiva da passividade, conclamando o *sujeito de direitos* à participação.

Democracia e participação para Montoro eram conceitos *ontologicamente* imbricados:

Participação é um conceito teórico e uma prática social. Em ambos os sentidos, a participação marca o processo de construção da democracia moderna. Da democracia que não quer ser apenas formal e representativa, mas pretende se aproximar do ideal de um governo do povo, para o povo e com o povo. A participação organizada e progressiva da população, é o caminho insubstituível para a formação de uma sociedade realmente democrática, em que a pessoa humana, isto é, o homem todo e todos os homens, tenham sua dignidade respeitada. (1990: 9).

A atualidade do pensamento de Montoro pode ser contrastada quando se verifica a discussão em torno do *modelo democrático*, seus *limites* e conjugação com interesses de grupos opostos.

James Fishkin (1995: 55), ao examinar o tema da democracia, observa que as três condições essenciais para a realização completa de um sistema democrático são a igualdade política, ausência de tirania e a existência de um processo de deliberação.

A igualdade política pode ser traduzida pela preservação da *igualdade formal* e *igualdade material* da participação sufragaria de determinada população. E isto passa pelo reconhecimento de que *desigualdades regionais* ou *populacionais* devem se refletir na composição do sistema representativo, sob pena de se privar de voz parcelas significativas da população.

A ausência de tirania *no processo democrático*, por sua vez, visa evitar a *tiranía da maioria*, nem sempre compatíveis com valores morais propugnados pela *democracia*.

Finalmente, o processo deliberativo como pressuposto da *legitimidade* de determinada decisão, de sua autoridade política.

O processo democrático busca servir à sociedade e, nesta direção, assegurar a liberdade do sujeito inserido nesta sociedade.

Como observa Alain Touraine (1994: 24)

A democracia não é apenas um conjunto de garantias institucionais, a liberdade negativa. Ela é o tema da luta, na sua cultura e na sua liberdade, contra a lógica dominante de sistemas;

[...]

A democracia é a forma de vida política que dá mais liberdade para o maior número de pessoas, que protege e reconhece a maior diversidade possível.<sup>105</sup>

---

105 Traduzimos. No original: “La démocratie n’est pas seulement un ensemble de garanties institutionnelles, une liberté négative. Elle est la lutte de sujets, dans leur culture et dans leur liberté, contre la logique dominante des systèmes; elle est, selon l’expression lancée par Robert Fraisse, la politique du sujet. [...] Le régime démocratique est la forme de vie politique qui donne la plus grande liberté au plus grande nombre, qui protège et reconnaît la plus grande diversité possible.”

Sociedades democráticas, hoje, enfrentam múltiplos desafios, dentre eles o de conter processos migratórios, como acontece na Europa e o de permitir debates radicalizados que, no limite, podem comprometer o próprio valor de sociedade democrática.

Nessa direção, se apresenta a questão dos limites de *processos inclusivos* em ambiente democrático, problematizado por Robert Dahl.

Em contraposição ao pensamento de Montoro, Dahl verifica que todo e qualquer processo democrático exclui a possibilidade de consenso, havendo sempre vencedores ou vencidos e, o que seria pior, incluídos ou não incluídos.

O critério da cidadania, nesta perspectiva, seria um critério de *igualdade* porque garantiria o direito de participação política a todos aqueles que, indistintamente, atendessem seus critérios de eleição. Dahl chega a ampliar a possibilidade de participação democrática a quem, vivendo em sociedade não participa dos critérios de cidadania, estrangeiros ou imigrantes, por exemplo, mas participam da comunidade, sujeitando-se às mesmas regras que todos os demais se sujeitam.

Como observa Dahl<sup>106</sup>

Assim como os critérios especificam totalmente o processo democrático, então eu acredito que eles especificam totalmente o que devemos dizer com igualdade política. Na medida em que os critérios não forem cumpridos, então dificilmente poderia ser dito para as pessoas que elas são politicamente iguais; e, na medida em que qualquer processo de tomada de decisão pode nunca assegurar a equidade política, pessoas entre os quais os critérios são cumpridos seriam, certamente, iguais politicamente.

Franco Montoro sempre alertou para o perigo de fórmulas jurídicas desprovidas de orientação *valorativa*. Daí porque sua concepção de democracia veio sempre carregada de *materialidade normativa condizente com valores da dignidade da pessoa humana*.

Neste sentido, sempre buscou transcender a premissa de participação procedimental para o *empoderamento* do indivíduo nos processos de participação política.

Para Montoro, democracia é de forma mais ampla o *exercício do direito à vida democrática*. Esta visão transcende aspectos procedimentais para o reconhecimento de um valor *enraizado no povo*.

Ao ressaltar que cada Estado, cada organização jurídica possa ter suas peculiaridades, Montoro defendia que valores democráticos de uma organização democrática não podem prescindir da

Origem popular do governo, império da lei, autoridade e independência do Judiciário, características essenciais de qualquer regime democrático.

[...]

---

106 Traduzimos. No original: "Just as the criteria fully specify the democratic process, so i believe they fully specify what we ought to mean by political equality. To the extent that the criteria are not met, then persons could hardly be said to be politically equal; and, insofar as any process of decision making can ever ensure political equity, persons among whom the criteria are met would surely be politic equals."

Esse não é apenas um princípio da filosofia política. [...] Porque só um regime com raízes no povo e, por isso, vinculado aos verdadeiros problemas e realidades nacionais será capaz de conduzir um país a soluções autenticamente nacionais. (1974:34)

Com esta lição, Montoro enfrentava o pensamento liberal que mais tarde Bobbio formularia (1988) chamando de *denúncia da ingovernabilidade no espectro do liberalismo*.

É dizer: não se trata apenas de assegurar mecanismos de democracia representativa, porque esta perspectiva levaria à situação de crise institucional como a que atualmente vivenciamos, com o Poder Executivo, de um lado, agindo autoritariamente e o Poder Legislativo, de outro, em crise de representatividade assomado a uma inoperância efetiva.

O valor democrático em Franco Montoro é *essencial* naquilo que apresenta de proposta *coletiva* em superação aos direitos individuais. Trata-se de reconhecer a democracia como *valor e projeto de sociedade* em que a participação ativa do indivíduo se reflita nos processos de decisão.

Isto não significa apartar a discussão, como Bobbio (1992) fez, entre governo dos homens e governo das leis. Mas reconhecer, na perspectiva do *valor intrínseco da democracia a possibilidade* de construção de decisões *coletivas* que comprometam a sociedade com o seu resultado, superando a dicotomia *vencedor x vencidos* ou *maiorias e minorias*.

A práxis democrática contemporânea percebe que a representatividade constitui a única solução possível nas democracias para o problema da autorização para agir; ou seja, a discussão sobre a *legitimidade e autoridade* de decisões políticas e normativas.

O Brasil no pós-Constituição da República de 1988 retoma a sua *normalidade democrática e institucional* com um problema grave de respeito às instituições. Uma evidência contundente disto são as constantes discussões sobre a emergência de ampla reforma política e seus parcos avanços. Outra prova se apresenta quando se verifica que no espaço de 28 anos de Carta Republicana em vigor, o país enfrentou dois processos de impedimento da Presidência da República, com substituição dos mandatários eleitos pelos seus respectivos vice-presidentes.

Algumas questões sobre as luzes dos ensinamentos de Franco Montoro podem ser enfrentadas:

Em primeiro lugar, a luta e o trabalho para a construção do processo democrático, em que nem sempre ocorre a *convergência* de ideias e compromissos para determinados planos e decisões decorrentes de procedimentos majoritários.

Nesta abordagem, a afirmação da institucionalidade democrática é contrastada pela ausência de compromisso dos *vencidos* ou dos *minoritários* com aquilo que se fará a partir da propositura *vencedora* ou *majoritária*. Acaba por se confundir e reduzir a manifestação democrática apenas ao ato de *escolha*, de *eleição* e menos quanto ao processo de *discussão democrática*.

Como decorrência desta abordagem, verifica-se a *restrição dos espaços democráticos* à institucionalidade em vigor. É dizer: limitamos a *participação democrática* à obrigatoriedade do voto, à propaganda eleitoral gratuita, mas com financiamento público e pouco ou nenhum debate.

O problema desse modelo está na *unilateralidade do processo comunicacional* em que a identificação e futura eleição de representantes populares possa vir a decorrer de um *debate de ideias* ou, ainda, da construção de soluções possíveis em um cenário multifacetado.

Pouca ou nenhuma aderência há, portanto, ao resultado do processo eleitoral e aos projetos eventualmente eleitos por decisão majoritária. Isso pode explicar, em parte, como eleitos pelo voto majoritário perdem condição de apoio popular e institucional em curtíssimos espaços de tempo, cambiando sua legitimidade a partir de fatores estranhos ao processo democrático e, por que não dizê-lo, de matiz autoritária.

Um terceiro ponto diz respeito à pouca utilização de novas formas de consultas ou estímulos à participação ao debate, notadamente em sociedades complexas, multiculturais e populosas. Nos referimos à utilização de ferramentas tecnológicas, por pesquisas em respostas estimuladas a perguntas previamente formuladas, identificação de prioridades e opinião, por exemplo, em mensagens por telefone celular ou, ainda, em pesquisas qualitativas provocadas por internet, com possibilidades múltiplas, considerando variados temas, localizações, renda dos cidadãos, escolaridade e outros aspectos qualitativos.

Trata-se aqui de qualificar o processo de eleição de prioridades, decisões, sua legitimidade e, portanto, futura eficácia, seja legislativa, seja executiva.

O modelo deve pressupor, assim, enfrentar a questão da *dualidade* própria de processos democráticos.

Como observa Held

Para que a democracia possa florescer atualmente, ela tem de ser reconhecida como fenômeno dual: preocupada, por um lado, com a reforma do poder do Estado e, por outro, com a reestruturação da sociedade civil. O princípio da autonomia só pode ser concretizado através do reconhecimento da indispensabilidade de um processo de “dupla democratização”: a transformação interdependente tanto do Estado quanto da sociedade civil. Tal processo deve ter como premissas a aceitação do princípio de que a divisão entre o Estado e a sociedade civil é um aspecto central da vida democrática e a noção de que o poder de tomar decisões deve ser livre das desigualdades e restrições impostas pela apropriação privada do capital. Mas, é claro, reconhecer a importância destas duas posições equivale a reconhecer a necessidade de retrair, de forma substancial, suas conotações tradicionais. (1987: 255)

Contudo, a questão da *dualidade*, também, de *per se*, encerra a instigação da defesa de interesses de grupo.

Aqui há uma dimensão *deslegitimadora* do processo democrático: a subsunção de interesses coletivos a interesses individuais travestidos de interesses de grupo.

Isso porque o processo acabaria por negar a própria *essência* do valor democrático: a busca da inclusão responsável de toda a coletividade no compromisso de determinada decisão.



Outro aspecto desacreditador da democracia diz respeito à inversão de objetivos, quando as instituições passam a ser fins em si mesmas, subjugando a condição coletiva.

Como afirma Mangabeira Unger

Os avanços da democracia – suas inovações institucionais e seus estímulos para o progresso prático e a libertação do indivíduo – devem ir em direção ao preenchimento dos interesses das pessoas e da realização de seus ideais, de acordo com a maneira pela qual elas próprias veem seus interesses e ideais. (1999: 17)

A democracia pressupõe, necessariamente, a formação da vontade coletiva por uma maioria ou, o que seria mais desejável, por consenso.

O processo democrático, e a própria democracia, enfraquece quando as instituições enrijecem ou se tornam menos permeáveis a desejos de modificação ou alterações institucionais que se legitimam no seio da sociedade, mas não conseguem irromper em termos institucionais.

É o que se verifica, por exemplo, no caso da democracia brasileira, com as discussões sobre uma reforma política ampla, que não avançam ou encontram resistência junto aos próprios representantes populares ou, ainda, com a desconexão entre uma pauta de desenvolvimento econômico e social presente nas discussões da coletividade e não espelhadas ou encampadas pelos poderes constituídos.

Na linha da tradição democrático liberal do conceito, as institucionalidades estatais democráticas limitam-se, como já sublinhamos, a um elenco de *regras formais de participação direta nos negócios públicos, por instrumentos consagrados junto ao modelo do rule of law*.

Para Franco Montoro, a diferença em relação a este mero catálogo de *experimentos democráticos oficiais* pode ser pontuada pela ação orientada para a promoção dos valores da *pessoa humana*.

No pensamento de Montoro, a *pessoa humana* é a razão de ser e o fim mesmo da ação estatal, em cuja dimensão a função do Estado é possibilitar que as *potencialidades individuais e coletivas* sejam reveladas e construídas como resultado da decisão de participação do indivíduo.

Trata-se, portanto, de compreender o *titular da ação soberana* como agente autônomo da própria experiência e, nesta condição, artífice da criação, articulação e definição de comandos que orientem a organização estatal para o atingimento de finalidades adrede consensadas.

Como destacava o professor em debate no Senado da República, em 28 de novembro de 1973

O direito à vida democrática, respeitadas as peculiaridades de cada país, está assim definida no art. 21 da Declaração:

“Todo homem tem direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos”.

[...]

A validade fundamental desse princípio está reconhecida de forma expressa em quase todas as constituições modernas. No Brasil, esse reconhecimento é feito pelo art. 1º da Carta Constitucional vigente, ao declarar:

“Todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.”

Esse não é apenas um princípio de filosofia política. É, também, uma norma de profundo interesse e sabedoria para qualquer país e, notadamente, para sua população. Porque só um regime com raízes no povo e, por isso, vinculado aos verdadeiros problemas e realidades nacionais será capaz de conduzir um país a soluções autenticamente nacionais. (1973)

Ao eterno professor, o agradecimento pelas lições que legou de dedicação ao estudo do direito e ao seu ensino, de honradez e vivência da democracia e seus processos legitimadores, na construção de uma ambiente dialético e dialógico voltados para o indivíduo e sua coletividade, o povo, razão de ser no pensamento democrático de Montoro.

## Referências bibliográficas

- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988.
- \_\_\_\_\_. *O future da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 5ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1992.
- DAHL, Robert A. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University, 1989.
- DUNN, John. *Democracia, el viaje inacabado (508 a.C.-1993 d.C.)*. Barcelona: Tusquets, 1995.
- FISHKIN, James. *Democracia y Deliberación*. Nuevas perspectivas para la reforma democrática. Barcelona: Ariel, 1995.
- HELD, David. *Modelos de democracia*. Belo Horizonte: Paidéia, 1987.
- MONTORO, André Franco. *Da Democracia que temos para a Democracia que queremos*. Brasília: Paz e Terra, 1974.
- \_\_\_\_\_. *Participação: desenvolvimento com democracia*. São Paulo: Nossa Editora, 1990. 197p.
- \_\_\_\_\_. Democracia, justiça social, reformas política e econômica. *Diário do Congresso Nacional, Seção I (Suplemento)*. 10/07/1962. p. 4-5.
- \_\_\_\_\_. A difícil tarefa de construir a democracia. *Folha de S.Paulo*, 7 de agosto de 1990. A-3.
- SANTOS, Boaventura de Souza (org.) *Democratizar a Democracia. Os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- TOURAINE, Alain. *Qu'est-ce que la Démocratie?* Paris: Fayard, 1994.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *Democracia realizada: a alternativa progressista*. São Paulo: Boitempo, 1999.

# Conceitos jurídicos e fantasia: notas sobre o Sério e o Jocosos em Jhering e a importância do jogo para o direito – Henrique Garbellini Carnio

Doutor e mestre em filosofia do direito e teoria do estado pela PUC-SP. Pós-doutor em filosofia pela UNICAMP. Professor permanente do programa de mestrado e doutorado da FADISP.

## 1. Considerações iniciais

Ao receber o convite para participar desta honrosa e destacada homenagem ao professor André Franco Montoro, de súbito, me veio à mente a primeira aula de introdução ao direito que tive logo no primeiro semestre de minha graduação. Foi, portanto, na primeira semana de meu curso de direito que tive conhecimento de sua afamada obra *Introdução à ciência do direito*<sup>107</sup>, indicada como principal bibliografia do programa de curso. Ao comprar o livro, logo que o abri, tive também meu primeiro contato, já na epígrafe da obra, com Rudolf von Jhering, sem dúvida, um dos maiores teóricos do direito do séc. XIX. Foi lendo o professor Montoro que descobri pela via do pensamento de Jhering um dos temas que, até então, mais me dedico a pesquisar no âmbito da filosofia e teoria do direito, a saber, a relação do direito com o poder – força – como bem indica Jhering na primeira fase de seu pensamento.

Assim, com bastante empenho para atingir o desiderato dessa, mais do que merecida, homenagem apresento um texto sobre o pensamento de Jhering, produzido com a lembrança do sentimento nostálgico que me acomete a figura exemplar do homenageado.

No esforço envolvente do exercício de uma investigação que insiste em retornar na busca da gênese daquilo que nos acomete, constitutivamente, como seres humanos, acabamos por constatar que o modo com o qual tem-se assumido a noção do humano – enquanto ser –, obstaculiza um acesso mais profundo da própria investigação, capturando-nos numa teia cuja uma das pontas é o estabelecimento da dicotomia moderna ocidental entre homem e animal.

Essa ponta tem sido pensada pela filosofia desde sua origem e o desenvolvimento de sua história leva para muitos caminhos que, em sua maioria, sustentam e aprimoram a violência instauradora dessa dicotomia que passa, então, a se sustentar e criar *mun-do* no plano rigoroso da metodologia científica, com o acirramento das diferenças entre homem e animal, sobretudo nos estudos tradicionais da biologia, fisiologia e psicologia.

O retorno que se pretende propor, então, não pode ser aprofundado no âmbito des-

---

107 MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25ª ed. São Paulo: RT, 2000.

se aprisionamento, e a prova disso é que outro acesso a essa noção implica diretamente uma ruptura com a metodologia do que atribuímos como estudos tradicionais da ciência moderna. Entretanto, esse acesso gerador de tal tipo de comprovação é difícil de ser percebido e pensado, pois ao ultrapassar os limites da atividade puramente física e biológica, v.g., ele revela uma função significativa, isto é, encerra um determinado sentido que deslocará as estruturas construídas com base nessa metodologia aprisionante.

Desde a protohistória do processo civilizatório, há a verificação da ocorrência de um fenômeno que propicia esse – um – outro acesso: o jogo. Ele é um elemento mais antigo que a cultura, pois esta, mesmo em suas definições mais rigorosas, pressupõe sempre a sociedade humana. O lúdico supera o plano da dicotomia homem e animal, “*os animais não esperaram que os homens os iniciassem na atividade lúdica. É-nos possível afirmar com segurança que a civilização humana não acrescentou característica essencial alguma à ideia geral de jogo. Os animais brincam tal como os homens*” (HUIZINGA, 2012, p. 3).

O que precede essa indiferenciação é um ritual convidativo para uma brincadeira que ocorre mediante certas atitudes e gestos. O jogo dos homens e o jogo dos animais constitutivamente possuem as mesmas nuances; há um respeito de regras que proíbem certos atos, como, por exemplo, a agressão física violenta, de tal modo que na brincadeira finge-se ficar zangado ou dissimula-se por dramatização, e o que essa experiência promove, evidentemente, é divertimento e prazer.

As brincadeiras ocorrem tanto na forma de simples atividades lúdicas, como filhotes de cachorro brincando entre si e crianças brincando de esconderijo em suas casas, até formas bem mais complexas, como as competições que podem paralisar as atividades cotidianas de uma massa e representações destinadas a um público.

Refletindo sobre isso, parece que o próprio elemento do sagrado que aparece no humano, na vida, tem essa inclinação, pois o ato religioso é exatamente uma construção ritualística que revela uma função significativa para a vida humana pela consciência. Em outras palavras, o sagrado constituiu-se como um elemento na estrutura da consciência humana, de forma que nos níveis mais arcaicos de nossa cultura “viver como ser humano é em si um ato religioso, pois a alimentação, a vida sexual e o trabalho têm um valor sacramental. Em outras palavras, ser – ou, antes, tornar-se – um homem significa ser ‘religioso’” (ELIADE, 2010, p. 13).

E, mais ainda, antes de tudo, lúdico, cuja fundamentalidade originária e original, está nos cultos xamânicos, valendo destacar aqui, pelo contexto, o texto de Carlo Ginzburg “Os europeus descobrem (redescobrem) os xamãs”, no qual registra o autor como, em 1698, Adam Brand, um negociante de Lubeck, secretário de uma embaixada enviada à China por Pedro, o Grande, escreveu uma relação, traduzida depois para várias línguas europeias, em que pela primeira vez se registrava o termo tungue “xamã” como sinônimo de sacerdote ou mago. Outra anotação digna de nota neste texto é seu comentário sobre o ensaio de Karl Meuli, publicado bastante tempo depois, em 1935, denominado “Scythica”, no qual evidencia, em certa medida, ter redescoberto as conotações xamânicas do rito funerário cita descrito por Heródoto, analisando pela primeira vez com profundidade os elementos xamânicos presentes nesta cultura, assim como sua absorção por parte dos colonos gregos instalados nas margens do mar Negro, onde, sem que seu autor soubesse,

teve-se notícia dos resultados de uma escavação arqueológica feita alguns anos antes da publicação do ensaio, com a confirmação de sua aposta, uma vez que foram encontrados nas montanhas do Atlai oriental, na localidade de Pazyryk, alguns túmulos que datavam de dois ou três séculos antes de Cristo, conservados sobre o gelo, em que se via um cavalo disfarçado de rena, um tambor parecido com os usados pelos xamãs e algumas sementes de *Cannabis sativa*, em parte conservadas num recipiente de couro e em parte tostadas entre pedras contidas numa pequena bacia de bronze (GINZBURG, 2007, p. 105-111).

O jogo, mesmo em suas formas mais simples produzidas pelos animais, é um fenômeno que se projeta para além do biológico, fisiológico ou dos reflexos psicológicos. Nele sempre existe algo em jogo, que ultrapassa as necessidades imediatas da vida e fornece um sentido à ação e, exatamente por esse simples fato, de trazer em si um sentido – tanto para os animais quanto para os humanos, o que faz já soar desgastada a sonoridade dessa dicotomia – implica a presença de um elemento não material em sua própria essência.

Esse elemento, que resiste às análises e interpretações lógicas das ciências (biologia, fisiologia, psicologia etc.) e, portanto, provoca a necessidade de repensá-las, é o divertimento do jogo. Huizinga define que o divertimento é, precisamente, a essência do jogo, o que permite dizer que encontramos nele uma categoria absolutamente primária da vida, que qualquer um é capaz de identificar desde o nível animal. O jogo é considerado, assim, como uma totalidade, ultrapassando a esfera da vida humana, pois não possui seu fundamento em qualquer elemento racional, não limitando-se à humanidade e não estando também ligado a qualquer grau de civilização ou qualquer concepção do universo, de forma que todo ser pensante pode entender a realidade autônoma do jogo, “é possível negar a seriedade, mas não o jogo” (HUIZINGA, 2012, p. 6).

Ao se compreender que o jogo não é essencialmente material, passamos a caminhar no terreno da fundação espiritual. Seja no mundo humano, seja no animal, o jogo ultrapassa os limites da realidade física; se somos todos capazes de brincar e isso é o traço de uma indistinção que afasta uma bipolaridade racional violenta que o homem estabeleceu sobre a sua condição, enquanto humana, superior aos outros seres; devemos insistir mais nessa dimensão, pois sua potencialidade pode nos conduzir para a *desativação* de usos que compõem os sentidos e as instituições que permeiam a nossa vida cotidiana, algo que, cada vez mais, se torna urgente nos dias atuais. A questão é premente, pois o próprio brincar – a brincadeira, o brinquedo – resta capturado; sequer temos sido capazes de brincar, o ocultamento de nosso ser cada vez mais nos arrasta, pela técnica, para nossa perdição, cuja exemplificação característica, dentre outras, é a insistência na categorização originária distintiva entre homem o animal, que apaga o traço lúdico que nos funda para além de nossa violenta racionalização.

Mesmo no mito, na linguagem, no culto há sempre uma brincadeira, um jogo transformador, imaginativo, um espírito fantasista. No mito e no culto é que tem-se a origem das grandes forças do processo civilizatório, como a troca, escambo e comércio, direito e ordem, poesia e ciência. Na linguagem também há toda uma ludicidade, já na designação das coisas pensadas e materiais, do mesmo modo, no desenvolvimento do diálogo, que chega a revelar, em pontos de alto refinamento, a força da ironia.

O jogo está, ainda, no inabalável terreno da busca da verdade. Com o jogo parre-

siástico verificamos exatamente isso, pois a *parresia* enquanto a fala franca que explicita a coragem da verdade naquele que fala e assume o risco de dizer, a despeito de tudo, toda a verdade que pensa, mas é também a coragem do interlocutor que aceita receber como verdadeira a verdade ferina que ouve, não é originariamente uma técnica ou uma profissão, embora haja muitos aspectos técnicos nela. Ela é um jogo, uma atitude, em que o éthos encontra sua veridificação na palavra do paresiasta e no próprio jogo da *parresia* (FOUCAULT, 2011, p. 25). Tudo isso que não se tem verificado entre nós nos dias atuais e que tem arrastado a todos para uma vida desesperada(dora) de autoflagelamento e destruição pessoal, sem cuidado de si (*Epiméleia*).

## 2 O Ludus e o Jocus

A palavra jogo provém do latim *jocus*, mas as formas latinas que traduzem a ideia de jogo como divertimento, mais ou menos competitivo, são *ludus*, *lusus* e *lusio*, sendo *ludus* a palavra corrente, a qual, assume outros significados, como: representação teatral e outras manifestações culturais, gracejo, prazer. A ideia de luso em latim *lusus* (filho de Baco e ascendente mitológico dos Lusitanos) assenta no radical celta *Lus* e segundo parece não tem a ver com jogo, que em latim também se chama *lusus* (*lusus*, *us*, do verbo *ludo*, jogar). *Ludus aetatis* significa o prazer da juventude (Tito Lívio), algo muito importante, pois, a ideia de prazer, do divertimento é a primeira finalidade do jogo. *Jocus* em língua portuguesa tem usualmente o significado de gracejo – o que diverte, desperta o riso. O termo gracejo parece mais apropriado a *jocus* do que a graça, apesar de entendermos que a finalidade tanto da graça e do gracejo assumam deslocamentos similares. Ele também significa tanto o dito chistoso como o comportamento equivalente e divertimento, mormente mais ligado ao sentido psicológico do que ao físico. O adjetivo ligado a jogo é geralmente lúdico, jogo ou atividade lúdica; o que se emprega como derivado de *jocus* é jocoso, gracejo ou dito jocoso (CABRAL, 1986, p. 79).

Na Idade Média a palavra jogo tinha uma acepção muito ampla. Entendiam os medievais que o primeiro fim de jogo é divertir, e é por isso que o jogo vem de *jocus* e não de *ludus* – de *jocus* pelo divertimento que proporciona e pela graça que contém. No jogo, o *ludus* completa-se com o *jocus*. Também os latinos entendiam o *ludus* como atividade que podia fixar-se na seriedade. Daí que a escola se designasse como *ludus*: *ludus discendi*, *ludus litteratus*, *ludus saltatorius*, *ludus magister*. Diz-se ainda que *ludus* designou-se como escola por lýtotes, uma jogo que consiste em obter um grau superlativo pela negação do contrário. De todo modo, foi no *jocus* que os medievais assentaram. A representação dramática medieval era tomada também como jogo, no século XIII, na França, chamava-se jogo a uma peça de teatro religioso ou cômico pelo que ela tinha de imitação ou fantasia. Da mesma forma momos e outras representações teatrais eram entendidas muitas vezes como *ludi* (CABRAL, 1986, p. 83).

O contraste entre jogo e seriedade vai por aí vai se construindo, inicialmente como diametralmente opostos até que mutuamente implicados. Na baixa Idade Média, o jogo e a seriedade eram entendidos como dois modos fundamentais da vida e eram expressos de maneira bastante imperfeita entre *folie et sens* (a categoria do cômico está estreitamente

ligada à da loucura) até que Erasmo em seu *Laus stultitiae* mostra a improcedência desse contraste. Quanto mais “*nos esforçarmos para estabelecer uma separação entre a forma a que chamamos ‘jogo; e outras formas aparentemente relacionadas a ela, mais se evidencia a absoluta independência do conceito de jogo*” (HUIZINGA, 2012, p. 9).

Pensar o jogo em tal perspectiva permite avançar para além de uma discussão epistemológica, mas também ética e estética (est-ética), algo que nos direciona para uma reflexão mais aprofundada sobre nosso próprio tempo e sua relação com o brincar e com os brinquedos. Nesta perspectiva, o pensamento de Walter Benjamin sobre o brinquedo e a brincadeira é fundamental; para ele o significado do brinquedo e a valoração da brincadeira, foram concebidos como fenômenos homogeneizantes, de modo que, tanto o brinquedo quanto a brincadeira se tornaram produtos da massificação industrial. O brinquedo se inscreve historicamente na sociedade provocando, nas diferentes eras culturais, as diversas formas de interação e de concepções do brincar, nascem nas oficinas de entalhadores de madeira e, no decorrer do século XVIII, afloram as fabricações industriais especializadas.

Ao analisar a história dos brinquedos e dos livros infantis ao longo do desenvolvimento industrial e pós-industrial, ele faz um resgate do brincar por meio de histórias e brinquedos feitos com arte, elaborados pelas mãos das crianças e dos adultos e exatamente o nosso distanciamento das formas primitivas do brincar, quando as crianças utilizavam materiais encontrados em seu próprio ambiente como folhas, terra, pedra, papel etc., que adentramos nesse cenário de massificação, fazendo da cultura do brinquedo algo decorrente de uma sociedade – moderna – que o pens(a)ou como imitação esquecendo que, na realidade, ele compõe um elemento importante da formação humana.

[...] Demorou muito tempo até que se desse conta que as crianças não são homens ou mulheres em dimensões reduzidas – para não falar do tempo que levou até que essa consciência se impusesse também em relação às bonecas. É sabido que mesmo as roupas infantis só muito tardiamente se emanciparam das adultas. Foi o século XIX que levou isso a cabo. Pode parecer que o nosso século tenha dado um passo adiante e, longe de querer ver nas crianças pequenos homens ou mulheres, reluta inclusive em aceitá-las como pequenos seres humanos. (BENJAMIN, 1984, p. 86)

Com essa passagem, chegamos a um ponto ilustrativo do fio que incita esta reflexão em tom introdutório sobre o jogo. Esse esquecimento do que compõe o humano é a marca de uma tragédia anunciada que, como Édipo, nos esforçamos determinadamente em concretizar.

Precisamos nos empenhar na tarefa de explorar as sendas desta problematização. O que nos ocupa, então, neste texto, é rigorosamente ensaiar um primeiro passo para esta tarefa e ele será dado na via do pensamento jurídico.

### **3. O Sério e o Jocosos em Jhering**

O pensamento de Rudolf von Jhering possui um lugar de destaque entre os clássicos do direito e não é para menos, ele foi um dos maiores responsáveis para o desenvol-



vimento da ciência do direito e para o aprimoramento da pesquisa jurídica.<sup>108</sup>

Já numa fase madura de seu pensamento, sob a advertência de que não pretendia que o livro viesse pertencer à literatura jurídica científica, Jhering escreve *O Sério e o Jocososo na ciência jurídica (Scherz und Ernst in der Jurisprudenz)*<sup>109</sup> e como já se antevê no título a obra é composta de textos jocosos, com fina ironia e reveladoras verdades sobre o direito. Certamente é um texto inovador e representa um período importante de sua obra. O livro chega a quatro edições, sendo a primeira em 1884 e a última, modificada pelo autor, em 1891, pouco menos de um ano antes de sua morte (ADEODATO, 2002, p. 167)

O livro possui quatro textos, todos guardando bastante divertimento para seus leitores. Três dos textos são jocosos com um fundo muito sério e o outro é sério, mas sem faltar partes jocosas muito criativas e estimulantes.

As concepções às quais se dirigem as gozações mostram as graves falhas e até mesmo algumas aberrações da ciência do direito no final do sec. XIX.

Todos eles possuem um aprofundamento que nos põe a refletir e repensar o direito, muito mais do que quando muitas vezes nos atemos em livros muito eruditos e compilados em grandes volumes. Como o próprio autor anuncia ao final de seu prólogo, o seu propósito é mostrar que as piadas somente buscam que o sério se resulte mais eficaz e prático, de tal modo que, se da primeira impressão de hilaridade não se suceder nenhuma outra, a obra poderá ser dada por perdida, sem utilidade.

As três primeiras partes da obra estão dedicadas ao jocosos (piadas) e a quarta ao sério (verdade), mas a nenhum de meus leitores deve escapar que as quatro perseguem uma mesma e única finalidade, já que o jocosos tem por missão dar mais relevo ao sério. Não quero afirmar que esse seja o fim da totalidade e cada uma das chacotas, pois muitas delas foram postas com o mero animo de brincar. Mas espero que, em geral, o leitor não deixe de ter a impressão de que também o jocosos tem neste escrito seu significado sério e, ainda que como primeiro efeito somente faça rir o leitor, se não tiver outra transcendência, estimaria que o trabalho fracassou em seu propósito. (JHERING, 1987, p. 36)<sup>110</sup>

O livro todo é escrito com uma descontraída ironia, mas sem sarcasmos ou ranços de agressividade. Permeia a obra um fio latente que revela seus sólidos conhecimentos do direito e da história romana, bem como o pleno domínio dos conceitos jurídicos (dogmáticos) de seu tempo, sem deixar escapar a força de sua formação e inclinação filosófica que

---

108 Para um quadro geral da obra de Jhering recomendamos a leitura do segunda capítulo de nossa obra *Teoria da ciência jurídica* (GUERRA FILHO, CARNIO (col.) 2009, cap. II) e para um quadro geral da obra de Jhering a que estamos nos dedicando aqui recomenda-se a leitura do capítulo 8 da obra *Ética e retórica* de João Maurício Adeodato (ADEODATO, 2002).

109 A obra foi traduzida para o espanhol com o título *Bromas y versa en la ciencia jurídica: un presente navideño para los lectores de obras jurídicas* (JHERING, 1987).

110 Salvo indicação em contrário, todas as traduções são de nossa autoria.

ganha um tom bastante alto ao final da terceira parte, escolhida para os propósitos deste texto como adiante será apresentado.

Com excelente humor, Jhering ironiza os erros das direções tomadas em sua época pela filosofia pura e jurídica. A seu ver, por inspiração de uma nova metodologia científica ensaiada na Idade Moderna, por um lado pela matemática, sob o fio condutor do pensamento cartesiano, e por outro pela física, sob as indicações do pensamento de Bacon – enquanto sequentemente Kant tratava de submeter este caminho às diretrizes daquele outro –, a filosofia tomou o caminho de direções que repercutiram diretamente no direito, sendo este, de modo geral, o alvo de sua humorística.

Temos em pauta, claramente, o racionalismo cartesiano na Escola do Direito Natural e das Gentes, a influência do método analítico-sintético de Bacon e Galileo em Hobbes e o de Newton em Montesquieu, o encaminhamento de Hugo que posteriormente foi desenvolvido pela Escola Histórica e, também temos o pensamento de Hegel, apresentando a Razão e a História com letras maiúsculas e sua realização pelo Estado.

A terceira parte da obra é denominada “No céu (paraíso) dos conceitos jurídicos: uma fantasia”, ela começa com a constatação de que Jhering, repentinamente, se descobre morto e ao desprender-se de seu corpo e tornar-se espírito, é recebido no céu por uma figura luminosa chamada Psicóforos, que logo lhe afirma:

O mundo no qual até agora creste perceber, não existia mais do que em tua imaginação, igual ao tempo e o espaço, que eram forma de tua visão subjetiva, como deve saber se estudou a Kant e Schopenhauer. Tudo é ilusão e alucinação. O verdadeiro ser é de índole imaterial, todo o mundo é espírito e tu mesmo eres parte desse espírito. O que pensas, isso é o que tu és, o pensar e o ser são uma mesma e única coisa [...] o tormento da vontade, como chamam vossos filósofos, que somente têm em vista a vontade terrena, há cessado para ti. De agora em diante, somente seu pensamento será querer. O que pensar, haverá como querido, e o que tiver querido, será realidade. O pensamento e a realidade são uno e no estado de transição não saberá se estas acordado ou sonhando, nem se o que experimenta é ilusão ou realidade. Este é o primeiro sintoma de que tua consciência subjetiva está se extinguindo. (JHERING, 1987, p. 215)

Essa revelação inicial é seguida da de que Jhering estaria numa fase ainda de transição posterior à sua morte, como a crisálida no caminho de se tornar mariposa, de tal forma que nesse estado não pode saber se está acordado ou sonhando e nem se o que experimenta é ilusão ou realidade. Como em vida foi um grande romanista, então será levado ao céu dos conceitos jurídicos, pois lá poderá encontrar todos os conceitos com os quais se ocupou durante toda sua vida, não na forma imperfeita como os tinha na terra, mas em seu estado de perfeita pureza e beleza ideal, pois nesse céu as questões às quais os teóricos terrenos tentaram em vão uma solução são contestadas pelos próprios conceitos.

Além dos céu dos teóricos existem outros dois céus, o dos práticos e o dos filósofos do direito. Todos eles são bastante diferentes e a primeira diferenciação é feita pelo contraste entre o céu dos teóricos e dos práticos.

O céu dos práticos ainda pertence ao sistema solar e nele, portanto, ainda penetram os raios solares e também uma atmosfera adequada à rústica construção do jurista prático, que não pode subsistir no vazio que necessitam os conceitos. Enquanto nesse céu existem as mesmas condições da vida terrena, no céu dos conceitos um prático sequer pode respirar ou tampouco dar um simples passo, pois seus olhos não são feitos para a obscuridade que ali impera; um lugar lobrego em que reina um noite tenebrosa, pois por mais que o sol seja a fonte da vida, os conceitos são incompatíveis com a vida. Os teóricos que ingressam nesse céu conseguem ali ficar e ver, pois na terra já estavam acostumados com essa obscuridade, “*como a coruja, a ave de minerva, que vê no escuro*” (JHERING, 1987, p. 217).

O problema inicial é que para ingressar no céu dos conceitos jurídicos é preciso passar por um exame; um exame no céu. Esse exame é precedido de um período de quarentena, para que a alma possa se desfazer de todo ar atmosférico trazido da terra, um verdadeiro veneno para o céu dos conceitos jurídicos, que fica localizado no último rincão do universo, pois os conceitos não suportam contato com o mundo real. Nesse momento, Psicóforos chama atenção para um curiosidade; de uns tempos para cá com a chegada de um tal de Puchta, o paraíso dos conceitos tem recebido um considerável nome de juristas da Alemanha, a maioria professores, mas há também políticos apaixonados pelas ideia de Bismarck. Jhering, então, pergunta se Savigny estava lá e o guia diz que depois de vários problemas de adaptação, ele passou no teste.

Após a quarentena há uma opção: ou logo se faz o exame ou pode-se, optativamente, antes, dar uma volta pelo céu para conhecer rapidamente o lugar. O personagem escolhe a segunda opção e, então, é acompanhado de outro espírito que também havia sido professor de direito romano, mas já não pode se nominar, pois desde que bebeu da fonte do esquecimento, se esqueceu de todo seu passado e também seu próprio nome.

Ao começar sua caminhada pelo céu dos conceitos jurídicos, Jhering se depara com um monte de esquisitices. O primeiro lugar a que vai é a academia de ginástica, onde as almas vão quando estão cansadas de contemplar conceitos. A primeira coisa estranha é uma máquina que reparte cabelo. Uma das atividades do exame é a de que deverá dividir um cabelo em 999.999 partes exatamente iguais, cujo resultado será dado por uma balança que é tão sensível que se um raio de sol a tocar isto já basta para inclinar seu pratos. O que chama atenção é como alguns que lá adentraram chegaram a se destacar tanto nessa tarefa que foram capazes de dividir cada uma dessas partes em outras 999.999 frações e o prêmio do campeão é receber uma coroa como a de láurea, consistente em cabelos repartidos por ele mesmo, até que alguém consiga supera-lo.

Ao lado da máquina de repartir cabelos há uma vara muito lisa (pau de sebo) que está lá para ser escalada. Ela revela a escalada dos conceitos jurídicos difíceis. Quem passa pelo exame tem a chance de trepá-la por três vezes. A vara possui três coifas em três níveis de altura, ao escala-la deve-se chegar até a primeira, pegar um dos problemas que contém e voltar a subir, as outras duas somente podem ser alcançadas por escaladores consumados, tanto que lhe é advertido que somente um teria conseguido chegar à coifa superior e ao ver o problema que encontrou, logo o pôs em seu lugar de volta. Em suma, o importante é ter o problema para se escalar e não para se resolver e lá todos os problemas são teóricos,

nenhum possui cunho prático. No céu dos conceitos jurídicos impera claramente “*a ciência pura, a lógica jurídica e a condição de seu império e para toda magnificência que emana consiste no desentendimento absoluto das questões da vida*” (JHERING, 1987, p. 222).

Na sequência, o falecido Jhering é informado que junto ao salão dos conceitos, onde estão os conceitos puros, há um gabinete anátomo-patológico, em que estão postas as deformações e distorções que sofreram os conceitos no mundo real.

A próxima máquina – dentre várias outras que não serão possíveis de ser todas mostradas e explicadas – é o aparato da ficção. Este, adverte a alma guia, pode ser compreendida sem ajuda, pois como se sabe seu alto valor é para os fins do direito, algo bem conhecido pelo candidato.

Entre diálogos sobre a que seu condutor estava se dedicando e várias outras máquinas inúteis como as que lhe sucederam, eles chegam no muro da vertigem, que fecha o recinto. Sua altura é tão imensa que os olhos não podem alcançar onde termina. Olhando atentamente conseguem ver um espírito que está treinando – adestrando-se – contra a vertigem e o que sucede com ele.

O muro se eleva por partes. Na parte inferior da senda há ainda a marca dos pés de nossos espíritos, mas à medida que se sobe ele vai se tornando mais estreito até chegar à finura de um de navalha de barbear. Esta é a senda da dedução dialética, na qual a razão, ao menor tropeço, corre perigo de cair ao precipício do absurdo. Nas partes superiores são muitos os que caem. Veja, aqui temos um exemplo. O homem cai [...] E veja que em seguida volta a levantar-se para repetir o experimento. Nossas cabeças são feitas para suportar golpes. (JHERING, 1987, p. 224)

O próximo lugar é a Academia de História do Direito, dedicada exclusivamente a um só ramo da história do direito romano que supera, em muito, todos os outros pelo seu interesse e valor científico. O seu principal exercício não é a investigação da proto-história, mas sim a necessidade de restauração de fórmulas e dos textos romanos. Ao entrar na academia logo se vê um tablado (lousa) de ensaios. Nele estão os textos romanos que apresentam lacunas e que devem ser restaurados. O curioso neste trabalho, adverte o espírito guia, é que cada um dos que o faz, completando as lacunas, está firmemente convencido de ter alcançado a solução justa e é essa convicção que lhe dá satisfação, isso permite ao candidato compreender que as derivações podem ter a troca de uma só letra, basta que se troque uma palavra e tudo pode tomar outro sentido.

Por fim, chegam ao lugar mais importante, localizado num edifício suntuoso, o salão dos conceitos. Em uma de suas alas laterais encontra-se o *cerebrarium* e na outra o gabinete anátomo-patológico. Neste lugar não há porta, deve-se dar com a cabeça na parede e será lhe dada a entrada.

O *cerebrarium* é onde se fabrica a substância cerebral para os teóricos. Essa substância colocada na cabeça do teórico, desde quando está em gestação, lhe proporciona a faculdade de pensar idealmente, o que não pode confundir com a faculdade de pensar em abstrato. Seu reino de trabalho está no reino da abstração, as questões concretas são deixadas aos práticos, de tal forma que elimine a antítese entre o pensar e a realidade. O teórico

se encontra aí à altura do idealismo filosófico, para o qual o mundo real é uma pura ilusão, uma fantasia do sujeito.

Mas o mais importante, além dessa substância, ali é produzida outra para a intuição histórico-jurídica, baseada numa fórmula dosificada com fantasia que se agrega à substância teórica geral. Nesse momento surge uma das passagens mais ricas do texto travado no diálogo entre o espírito guia e o espírito candidato:

– É que somente o historiador do direito necessita de fantasia? Recordo ter lido, num escrito de Thomasio, que nenhum jurista, tampouco o prático, pode prescindir de uma boa dose de fantasia. Essa fantasia, diz, é necessária para “imaginar os estranhos *casus juris*”.

– Essa é a fantasia vulgar, a *fantasia communis seu vulgaris*. Para o historiador do direito ela não é suficiente. O historiador necessita uma fantasia muito especial, que é a que aqui se fabrica. A fabricação se baseia num agregado exato de fantasia poética, de *fantasia poética seu eximia*, que se agrega à substância cerebral teórico-jurídica. Se, se excede a proporção justa em somente uma pequena dose, o futuro portador do cérebro padecerá consequências bastante desagradáveis. A fantasia poética, que não se contenta então com os problemas da pura história do direito, não é absorvida por eles [...] o poeta e o jurista travam um duelo. Tudo depende de quem resulta vencedor. [...] a poesia imperfeita inunda a jurisprudência. A poesia integral no resulta perigosa, pois esta não cai na tentação de assenhorar-se com temas jurídicos. Mas a poesia imperfeita essa sim tem que se temer! Nada, nem sequer os temas jurídicos mais áridos, estão a salvo do perigo de que, ao vê-los, essa poesia não caia em êxtase e mova o céu e a terra para transfigurá-los com seu esplendor poético. O que pode ser mais sombrio que a ficção? (JHERING, 1987, p. 229)

Do *cerebrarium* chegam ao salão dos conceitos. O lugar é tomado por um fatatório, como numa bolsa de valores. Lá estão os conceitos jurídicos que são inconfundíveis por sua simples imagem, seus próprios rostos. Numa primeira vista são rapidamente identificados o *Dolus*, com sua oculta malícia, a *Culpa lata* com sua cara torpe, a *Culpa levis* com a falta de preocupação em seu semblante, a *Mora* sempre ali encostada, a *Bona fides* com sua inconfundível expressão de franqueza, honradez e sinceridade, a propriedade forte com membros robustos, bem nutrida, a *obligatio* sempre preocupada em saber se seu direito terminará por realizar-se e assim por diante. O contato com esse salão revela uma ilustração, uma imagem que mostra a personificação desses conceitos. Logo se vê os rostos deles, o que está à face, a sua *persona*.

Por fim, chegam ao gabinete anátomo-patológico, onde se encontram os conceitos para além de suas formas puras, com as deformações que sofreram na terra já cometidas pelos próprios romanos, lá a passagem é mais rápida, pois o que impera ali é o erro, o desvirtuamento e já este é o céu dos conceitos jurídicos, em sua forma pura, essa verificação só garante a fortificação da pureza dos próprios conceitos.

Não restando mais nada para ver, chega o momento do exame. Depois de tudo

o que foi visto, o candidato não quer de modo algum participar do exame, pois mesmo diante de toda magnificência que lá se pode ver e em que pese todos os jogos que servem de passatempo aos espíritos, tudo parece ser muito chato, sendo preferível ir para outro céu.

Como o falecido é jurista, lhe restam dois outros céus, o dos filósofos do direito e o dos práticos. O caminho escolhido, inicialmente, é para o céu filosofia do direito, muito mal vista pelo céu dos conceitos jurídicos, pois lá impera a razão e no céu dos conceitos deduz-se o direito dos próprios conceitos. Lá também é necessário um exame, mas antes de ser admitido é preciso fazer uma profissão de fé, a saber, de que as verdades jurídicas foram dados ao homem pela natureza e lhe são inatas e, portanto, o homem somente necessita pensar com energia para aflorar todas as riquezas que, em forma embrionária, encontram-se em seu raciocínio.

Outro problema, então, surge, pois tal profissão de fé, adverte o personagem, não lhe é possível, pois durante toda sua vida na terra professou o contrário, restando-lhe somente o céu dos práticos. No céu dos práticos se entra se maiores problemas, lhe diz o espírito guia, pois basta que tenha passado em seu exame jurídico na terra, para o qual, adverte, como se sabe, não se requer muitas condições. O máximo para possibilitar a entrada e que pode ser que seja dado a quem se candidata um caso para resolver e basta que este seja resolvido, não interessa muito saber como. Na verdade, no céu dos práticos não são muito exigentes, tampouco severos.

Nesse momento a narrativa vai chegando ao seu final, o novo guia que o levará para o céu dos práticos se aproxima e por um deslocamento em espaços imensuráveis, na velocidade do pensamento, chegam até o céu dos práticos onde já tomado por ar atmosférico novamente, se sentido livre e disposto, é informado que basta bater na porta para que possa se inscrever.

O bater na porta é o ponto de ligação para a revelação final do texto. Repentinamente, o personagem se apercebe que tudo era um sonho, pois estavam, na realidade, batendo em sua própria porta; era o carteiro que trazia a carta de um amigo. O que se passou é que ele acabou dormido sentado num sofá, enquanto lia um dos últimos livros publicados sobre direito romano. A carta recebida comentava exatamente o livro que estava sendo lido quando o sono o dominou e ela trazia, como suma do relato da leitura da obra, precisamente a frase do *Rei dos elfos* de Goethe: “entre as folhas secas, murmura o vento”.

#### **4. O jogo e o jocoso no direito**

No paraíso teórico de Jhering, os conceitos têm luz própria e os olhos da alma do teórico, já acostumados a ver na penumbra, no escuro, conseguem com eles lidar, pois quanto mais impenetrável a escuridão, melhor eles conseguem enxergar. Só os teóricos conseguem ver a diferença dos conceitos e compreendê-los, algo que se assemelha aos problemas da Santíssima Trindade, em que só os eleitos conseguem ver.

O cenário do texto é composto da constatação absurda – e finamente irônica – de insistir na separação entre teoria e prática. Um dualismo que distancia e esvazia a vida, tanto dos que se veem como os teóricos quanto dos que se veem como práticos e, pela insistência crítica de Jhering no campo da filosofia do direito e sua análise sobre a falácia

naturalista e sua potência racionalizadora, o mesmo sucede com os filósofos do direito.

O divertimento provocado na leitura das partes que compõem o livro de Jhering possuem o engenhoso recurso de dizer a verdade rindo (*Ridendo dicere verum*). Por meio deste esquema ele produziu uma contundente crítica aos conceitualistas dogmáticos de sua época, alheios de toda realidade.

Esse jogo entre o sério e o jocoso de Jhering traz uma experimentação de transgressão das formas jurídicas, se alinhando ao que, em parte, vem propondo e desenvolvendo Willis Santiago Guerra Filho com seu poliedro do pensamento e das ocupações humanas fundamentais (GUERRA FILHO, 2015, p. 109-120), em que formula uma visão jurídica visceralmente poética com a vocação humana do prazer. Seu poliedro, composto de polígonos em seus vértices, possui também triângulos nesses vértices, de tal forma que em seu agrupamento tem-se num desses vértices o direito formando um triângulo com a política e a economia, tendo como conteúdo o poder; em outro vértice a religião, formando triângulo com a magia e a mística, em torno da crença; um terceiro que seria o da criação, formado pela literatura, artes cênicas e plásticas e o quarto o do desejo ou gozo, cujo conteúdo do triângulo é formado pela erótica, a festa e a humorística e, ao centro dessa quadratura, tem-se o vértice do saber em que a filosofia, ciência e técnica formam o triângulo.

Levando em conta esse poliedro, o que nos ocupamos aqui foi da potência da humorística e, a nosso ver, do sentido fundamental que revela a ela e a nós mesmos: o jogo.

Precisamos explorar mais os conceitos de *jocus* e o *ludus* no direito, é tempo de brincarmos, fazermos troça, chiste, tal qual fez seriamente Jhering com suas críticas aos teóricos e filósofos do direito. Trazendo para o plano de nosso país, em que agora temos visto insistentemente um trabalho para a construção de uma “jurisprudência do princípios” e de uma “teoria da decisão judicial” que merece mesmo troça – tanto pela via dos teóricos quanto pela dos práticos –, pois o que impera ali é algo como o que ocorria no céu dos conceitos jurídicos e na Santíssima Trindade: somente os eleitos podem ver, já que, no fundo, o que se impõe é a questão de princípios, a questão *dos* princípios, que nada mais é do que a do principal, do soberano, do príncipe e do principado (DERRIDA, 2001, p. 45) que mantém a estrutura da captura da nossa violenta racionalidade, aquela mesma que reverbera e sustenta, dentre outras falácias, um modo propriamente violento que impõe o dualismo entre homem e animal e, portanto, daquele que impõe pelo direito e pela filosofia – essa muitas vezes tratada sem nenhuma seriedade e rigor, o que o jogo também ensina – a metodologia do aprisionamento de si e dos outros, própria de um direito que não conhece (entre) o sério e jocoso.

# Referências bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BENJAMIN, Walter. *Reflexões: a criança, o brinquedo, a educação*. São Paulo: Summus, 1984.
- DERRIDA, Jacques. *Estados-da-alma da psicanálise: o impossível para além da soberana crueldade*. São Paulo: Escuta, 2001.
- ELIADE, Mircea. *História das crenças e das ideias religiosas, volume I: da idade da pedra ao mistérios de Elêusis*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *A coragem de verdade: o governo de si e dos outros II*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- GINZBURG, Carlo. *O fio e os rastros: verdadeiro, falso, fictício*. São Paulo, Companhia das Letras, 2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago, CARNIO, Henrique Garbellini (col.). *Teoria de ciência jurídica*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. O poliedro do pensamento e das ocupações humanas fundamentais *in* *Diálogo jurídico*. Ano 14, v. 19, n. 19 (ago./dez. 2015). Fortaleza: Faculdade Farias Brito, 2015, p. 109-120.
- HUIZINGA, Johan. *Homo ludens: o jogo como elemento da cultura*. São Paulo: Perspectiva, 2012.
- JHERING, Rudolf von. *Bromas y vera en la ciencia jurídica: un presente navideño para los lectores de obras jurídicas*. Madrid: Civitas, 1987.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25 ed. São Paulo: RT, 2000.



# A influência do critério de soberania nas fontes do direito internacional – Luiz Ricardo de Miranda e Fabíola Wust Zibetti

## **Luiz Ricardo De Miranda**

Bacharel em Direito pela PUC-SP, Mestre e Doutor em *development studies* pela Universidade de Nice Sophia Antipolis e Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi visiting scholar na American University – Washington College of Law. É advogado e Professor de Direito da Universidade Anhembi Morumbi. E-mail: luizricardo.miranda@gmail.com

## **Fabiola Wust Zibetti**

Doutora em Direito Internacional, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com Pós-Doutorado pelo Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pelo Centro Ibero-Americano, vinculado ao Instituto de Relações Internacionais da USP. Mestre em Direito, Área de Relações Internacionais, pela UFSC. Professora do quadro permanente de docentes do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo, Brasil. Professora Convidada da Escola de Negócios da Universidad Mayor e do Programa de Mestrado em Estratégia Comercial e Política Comercial, do Instituto de Estudos Internacionais, da Universidade do Chile, Chile. E-mail: fwzibetti@gmail.com

## **Introdução**

As fontes do direito sempre se constituíram em tema de vigoroso debate, não obstante o grau de dificuldade distinto que sua determinação pode apresentar nos diferentes ramos do direito. Em direito internacional, esse tema ganha complexidade ainda maior: a inexistência de uma autoridade hierarquicamente superior aos membros da sociedade internacional pode dificultar sobremaneira a determinação do que, afinal, vem a ser direito.

Ao discorrer sobre as fontes do direito, o saudoso Professor André Franco Montoro, em sua obra de Introdução à Ciência do Direito, esclarece que

“Fonte do direito” é uma expressão figurada ou, se quisermos, um caso de analogia metafórica. Em sentido próprio, “fonte” é o ponto em que surge um veio de água. É o lugar em que passa do subsolo à superfície, do invisível ao visível (Montoro, 2016, p. 373).

Acrescenta que “a ‘fonte do direito’ é o próprio direito em sua passagem de um estado de fluidez e invisibilidade subterrânea ao estado de segurança e clareza” (Montoro, 2016, p. 373).

A despeito da clareza conceitual inequívoca de sua explicação, o próprio autor alerta que as fontes do direito sempre foram um tema árido a ser enfrentado, constituindo-

-se em assunto central da filosofia do direito. A inter-relação necessária entre fonte e fundamento do direito, sobretudo em direito internacional, nos conduz a diferentes correntes do pensamento jurídico e, por conseguinte, a diferentes concepções do fenômeno jurídico. Nesse âmbito, a doutrina positivista tentou equacionar o problema das fontes do direito ao vinculá-las necessariamente à atividade estatal.

Durante muito tempo, inclusive no âmbito internacional, o pressuposto de não submissão do Estado senão às proposições admitidas por ele mesmo como direito confortava a ideia de uma sociedade orientada segundo uma lógica sistêmica positivista que tinha no voluntarismo a expressão mais bem acabada da noção de soberania. Em tal panorama, é inexorável a ligação umbilical entre soberania e produção jurídica.

O centenário do nascimento do Professor Montoro incita à reflexão a respeito do avanço desse debate, sobretudo as transformações estruturais sofridas pelo direito ao longo dos anos em uma sociedade afetada por diversos elementos, dentre os quais o fenômeno da globalização<sup>111</sup>.

No que concerne especialmente ao direito internacional, adota-se uma abordagem carregada de grande carga histórica. Isso porque, se é verdade, como observa Zemanek (1997, p. 29), que “*The interaction of the community’s members should be governed by rules which are rooted in values and interests shared by them*”, tampouco se pode abordar uma instituição, argumentar acerca do sentido ou extensão de uma regra, discernir seus pontos fracos, sem desenraizá-los do local que lhes viu nascer confrontando-os às exigências da nova realidade (De Visscher, 1954, p. 450-451).

Tendo presente as limitações das fontes clássicas para solucionar todas as controvérsias que afetam a sociedade internacional na atualidade, o presente artigo tem como propósito analisar a evolução dessas fontes a partir da flexibilização do critério da soberania, pedra angular da edificação do sistema vestfaliano. Para tanto, enquadra-se a ideia de soberania na categoria de “palavra viajante”, tal qual forjada por Canotilho (1993), redefinindo seu conteúdo à medida que eventos disruptores da ordem estabelecida demandavam uma adaptação para que a lógica sistêmica se mantivesse operante. Num segundo momento, entrecruzam-se as principais alterações a impactarem a noção de soberania e sua influência na formação de uma nova estrutura social sujeita ao império do direito internacional. Na sequência, a incidência desse processo nas fontes do direito internacional.

### **A soberania como “palavra viajante”**

O direito internacional, tal qual edificado pelo modelo vestfaliano, estruturou-se segundo fatores consentâneos às sociedades da época. A partir disso, elementos como

---

111 Inobstante a diversidade de acepções inerente à terminologia “globalização”, alguns pontos de consenso (ou quase consenso) podem ser indicados. Segundo Kumar (2006, p. 23), quanto a seus traços essenciais, o elemento comum a qualquer análise acerca da globalização parece ser a informação: “a revolução tecnológica da informação e tudo o que ela conota em termos de comunicação instantânea e de compressão de tempo e espaço”. Essa é a noção adotada no presente trabalho.

território, contrato e propriedade não somente ilustravam os valores de sociedades profundamente inspiradas pelo individualismo, mas também, na esfera externa, orientavam a concepção de uma sociedade internacional<sup>112</sup> estabelecida segundo o critério soberania (Accioly et al, 2009), o que provocava óbvios problemas à evolução estrutural do direito internacional.

Canotilho (1993, p. 11-12) forjou o termo “palavras viajantes” para designar a crise conceitual de alguns “vocábulos designantes” cujo conteúdo material naturalmente se metamorfoseiam sob a ação do tempo. A evolução da noção de soberania representa um exemplo desse fenômeno: desde sua concepção com Bodin (1992), no século XVI, passando pela consolidação do poder absoluto e, em seguida, pelo advento do governo constitucional, a noção de soberania sempre foi, de forma oportuna, reinterpretada sob influência da respectiva conjuntura política.

Nesse movimento, pode-se apontar um claro fenômeno, particularmente notável em Hobbes (2008), de reclassificação disciplinar. A identificação da soberania com a força – e não com o poder legal – provocou seu deslocamento da esfera jurídica para a esfera da ciência política (Brierly, 1979). Essa transposição inevitavelmente acrescentou maior dificuldade ao seu enquadramento na esfera internacional. Mais recentemente, autores como Fukuyama (2005), ao analisarem o panorama das relações internacionais numa sociedade cada vez mais globalizada, chegam mesmo a mencionar uma erosão do princípio da soberania. Sem contestar sua importância como elemento estrutural do Estado, questiona-se a utilidade de um critério de determinação da sociedade internacional que exiba tal elasticidade conceitual.

De início, o princípio da soberania vinculou-se essencialmente à origem do poder no âmbito do Estado, mas não necessariamente ao poder do Estado (Dinh et al., 2002, p. 62). Sua acepção externa, devido ao próprio contexto histórico que a produziu, foi fruto de uma transposição dos paradigmas internos à esfera internacional, assim como de um reflexo natural frente às contínuas ameaças exteriores (Brierly, 1979, p. 19).

Com o passar do tempo, perderam-se gradualmente de vista os motivos que ocasionaram a coesão social e a concentração do poder no limiar do Estado moderno, elemen-

---

112 Celso D. de A. Mello (2004. vol. 1, p. 55) diferencia comunidade internacional da sociedade internacional. Segundo este autor, “A comunidade apresentaria as seguintes características: formação natural; vontade orgânica (energia própria ao organismo, manifestando-se no prazer, no hábito e na memória); e os indivíduos participam de maneira mais profunda da vida em comum. A comunidade é criação de cooperação natural ‘anterior a uma escolha consciente de seus membros’ (Harry Liebersohn – *Fate and Utopian in German Sociology*, 1870.1923’, 1988). A sociedade já possuiria caracteres diferentes: formação voluntária, vontade refletida (seria produto do pensamento, dominada pela ideia de finalidade e tendo como fim supremo a felicidade); e os indivíduos participariam de maneira menos profunda na vida em comum. A comunidade estaria regida pelo direito natural, enquanto a sociedade se encontraria sob o contrato”. Não obstante reconhecemos a existência de diferenças essenciais entre ambas, este tema, cuja profundidade extrapola os limites do nosso trabalho, não receberá tratamento individualizado em nossa narrativa; conseqüentemente, a adoção de uma ou outra terminologia não significa alinhamento filosófico algum com qualquer uma dessas teorias.

tos tidos como essenciais à composição da noção de soberania. Num segundo momento, a despersonalização do poder no âmbito do Estado acentuou essa tendência ao acrescentar o elemento moral a essa equação:

*It is by turning the confused moral aspirations of the masses to its profit, and by posing as a moral order, that the State reinforces its power and measures its stability and duration. There is “a politics of morals” which transforms social constraints into group loyalties based upon moral imperatives.* (De Visscher, 1957, p. 93)

Uma vez despersonalizado, esse poder passou a ser visto como atributo do próprio Estado, passando a significar “*pre-eminence of the element of authority and competence over the element of force or domination. [...] Institutionalized power ceases to be pure coercion in the eyes of men*” (De Visscher, 1957, p. 88-89). Consequentemente, a coesão social e o senso de obrigação fundar-se-iam na conscientização da imperatividade do sacrifício individual em virtude do bem comum, não numa utópica ideia de harmonias espontâneas.

A transposição dessa lógica do sistema interno ao internacional não se mostrou perfeitamente adaptável, pois se a consolidação histórica da noção de soberania decorreria de um processo de coesão social inerente à própria formação do Estado, a sua expressão externa não foi produto de processo social similar, mas de mera manifestação de poder.

Nada disso era muito problemático num contexto em que a lógica inerente da sociedade internacional, composta unicamente por entidades soberanas e regida por normas fundadas no voluntarismo, delineava os contornos de um direito caracterizado pela justaposição de soberanias no qual o elemento territorial possuía valor fundamental (Poggi, 1981, p. 97-98). Em tal contexto, não havia espaço para outros sujeitos senão os Estados soberanos – cada um deles proclamando sua autossuficiência para gerir um segmento do globo. Essa lacuna congênita do sistema internacional, àquela época ainda impalpável, se faria sentir com o tempo.

Na década de 1950, De Visscher (1957) questionava o realismo inerente à ideia de uma comunidade internacional supostamente fundada em princípios solidários. Comparativamente, a sociedade internacional não teria no senso de obrigatoriedade da ordem interna um paradigma real, mas sim, se muito, uma aspiração filosófica. Lembrava, ainda, que a força de coesão social decorre da crença em sua necessidade: “*No society has any legal foundation unless men believe in its necessity. The ultimate explanation of society as of law is found beyond society, in individual consciences*” (De Visscher, 1957, p. 98-99).

No mesmo sentido, Brierly (1979, p. 42) destaca que “[é] elemento necessário de qualquer sociedade e ponto de apoio de qualquer ordem jurídica a existência de um sentimento de corresponsabilidade pela condução de uma vida comum”, concluindo que “a força de qualquer sistema normativo é proporcional à força desse sentimento”. Seria, portanto, uma grande ilusão acreditar que um mero acordo entre Estados pudesse produzir nos homens esse sentimento de coesão social.

Há que se reconhecer que, num meio extremamente impregnado de referências políticas e ideológicas, identificar no comunitarismo internacional um dado real ou uma aspiração filosófica não se consubstancia de fato numa tarefa fácil. Crítico contumaz da corrente teórica que vê na cooperação internacional um elemento de transformação do direito internacional, Weil (1982), com grande carga irônica, incita à reflexão:

*Que cette évolution constitue à bien des égards un facteur de progrès, nul ne songerait à le nier. En mettant l'accent sur la "conscience juridique", elle tend à assurer la primauté de l'éthique sur la sécheresse du droit positif [...]. Sans "valeurs" morales supérieurs, le droit international n'est qu'une mécanique privée d'âme: voilà, en quelque sorte, le message essentiel de ces théories nouvelles. En poussant au premier plan le concept de "communauté internationale", ces théories reflètent également la prise de conscience d'une solidarité accrue et l'aspiration à une plus grande unité par-delà les différences idéologiques et économiques. La multiplication du nombre des Etats et leur diversité croissante ne rendent que plus précieuse cette volonté de transcender la traditionnelle société internationale faite de la juxtaposition d'égoïsmes sacrés en une communauté internationale animée par la recherche du "bien commun" et de "valeurs communes". On pourrait même voir là un retour inattendu du droit international à ses sources historiques: à l'"irréductible droit naturel", sans nul doute [...]; mais aussi à cette unité fondamentale du genre humain qu'exprimait dès le XV<sup>e</sup> siècle Vitoria dans son célèbre "Totus orbis, qui aliquo modo est una res publica" et dont la "communauté internationale des Etats dans son ensemble" n'est, après tout, qu'une version modernisée. (Weil, 1982, 18-19)*

Mas se, como parece ser o caso, a soberania, elemento comum sobre o qual se edificou a sociedade internacional, deixou de ser um pré-requisito necessário à participação da sociedade internacional, qual teria sido esse novo elemento caracterizador que passou a substituí-la nesta nova configuração?

### **A transformação do sistema internacional**

Conforme aponta Reuter (1961, p. 459) o direito não é apenas um produto da vida social, mas igualmente o fruto de um esforço intelectual, na medida em que se busca organizar todos os elementos reunidos num conjunto tão lógico e coerente quanto possível. Lembra, no entanto, que o fator mais delicado dessa equação se manifesta quando a desordem da sociedade internacional não se evidencia por uma desordem do pensamento, mas sim por uma desordem da realidade, fruto de uma reorganização do poder.

Numa sociedade internacional orientada segundo uma lógica jurídica centrada na figura dos Estados e estruturada a partir da noção de soberania, as fontes clássicas – tratados, costume e princípios gerais de direito – sempre se mostraram aptas a garantir a produção normas jurídicas. Tampouco a mudança de fundamentação do direito internacional, que no século XIX teve como repercussão a ascensão dos tratados em detrimento do até então prevalente costume, alterou essa realidade. Afinal, o adensamento técnico que se faria sen-

tir, sobretudo ao longo de século XIX, não impactou de forma significativa a configuração da sociedade internacional, talvez por isso não se verificasse, naquela época, insuficiência alguma das fontes clássicas.

A diversificação temática do direito internacional, acompanhada do correlativo alargamento territorial de suas fronteiras, inevitavelmente abalou as bases europeias de um direito até então destinado a regular as relações de um grupo circunscrito de Estados bastante homogêneo. Esse processo de expansão, tanto temática como territorial de suas fronteiras, seja a oeste – com a crescente inclusão dos Estados do continente americano –, seja a leste – com a integração do extremo oriente –, importou num incremento de sua complexidade na medida em que exigia a integração à sociedade internacional de Estados orientados por valores absolutamente distintos daqueles que formaram o direito internacional clássico. Essa ruptura cada vez maior da harmonia de valores e padrões derivados do passado europeu paulatinamente gerou a formulação de teorias concorrentes acerca do fenômeno jurídico. Esse processo, já bastante evidente quando da integração das sociedades budistas, hinduístas e islâmicas, ficou mais claro quando a ideologia política da “guerra fria” passou a condicionar a ordem internacional, exigindo um esforço ainda maior para acomodar das diferentes demandas políticas num quadro normativo até então estático (Miranda, 2013, p. 382-383).

As origens desse processo de adensamento temático não são muito claras, mas se pode indicar a revolução industrial e a revolução francesa como marcos dessa evolução. No caso desta, seguindo uma dinâmica já visível no longínquo advento da Carta Magna Inglesa e na proclamação do *Bill of Rights*, consolidou-se a tendência de que, no futuro, levaria à emergência do indivíduo como sujeito de direito internacional. No caso da primeira, o avanço tecnológico, que a partir de então não conheceria mais freio, reduziu as distâncias intensificando as relações internacionais, mas também os problemas delas advindos.

A evolução histórica da cooperação internacional em sinergia com a própria globalização de fato dá razão àquelas preocupações delineadas por Reuter (1961). Ainda que a comunhão de alguns princípios tenha orientado a edificação do sistema vestfaliano, parece improvável se falar de coesão social num panorama tão duramente marcado pela diversidade, característica que se tonaria mais marcante com a expansão territorial da sociedade internacional.

Em tal conjuntura, dominada pela proeminência estatal, qualquer concepção de bem comum não se dissociava dos interesses internos de cada Estado, o que emblematicizou as primeiras iniciativas de cooperação estabelecidas no século XIX. Não obstante nelas pudessem ser identificadas as bases de estruturas cooperativas mais complexas que seriam lançadas no século XX, a coordenação das ações, nesses casos, apenas mascarou a real motivação dos agentes: inexoravelmente, foram os interesses nacionais, estivessem eles em harmonia ou contra as medidas de cooperação, que ditaram o comportamento dos dirigentes nacionais, não necessariamente um genuíno espírito cooperativo:

*Despite proclamations in the Charter of the United Nations to the contrary, international solidarity, especially when it requires contributing forces to collective measures or funds for development, is not a paramount value. In reality, all States*

*are conscious of and accept that the pursuit of individual interests is the foremost and legitimate objective of States. Only when, in a momentary constellation, individual interests coincide with objectives dictated by international solidarity is the latter ostensibly honored*". (Zemanek, 1987, p. 40)

Os primeiros sinais da incapacidade dos Estados para lidarem sozinhos com problemas de amplitude transnacionais fizeram-se sentir já no início do século XIX. Num contexto de unificação dos padrões monetários, a aceleração da atividade financeira e a correlativa intensificação do risco sistêmico fizeram com que as autoridades monetárias nacionais desenvolvessem mecanismos próprios para ajustar os desequilíbrios das balanças de pagamentos, o que não evitou que ações coordenadas se fizessem necessárias em momentos de turbulência: algumas crises chegaram a exigir a adoção de medidas mais contundentes, como a concessão de empréstimos diretos de um banco central a outro. Em setores mais técnicos, observou-se, já naquela época, algumas iniciativas pioneiras de institucionalização da cooperação internacional, como a International Telegraph Union, criada em 1865, a Universal Postal Union, em 1875, a International Meteorological Union, em 1878.

A princípio fruto de um impulso utópico – vide as bases conceituais em servirem de sustentação à Sociedade das Nações –, a institucionalização da cooperação internacional mostrou-se enfim essencial no segundo pós-guerra. A internalização do conflito entre blocos no aparato institucional da Organização das Nações Unidas (ONU) de certa forma aliviou as tensões, já bastante altas. Numa conjuntura em que a guerra definitivamente deixava de ser uma saída viável às oposições políticas, as organizações internacionais aos poucos passavam a ser vistas sob outra perspectiva.

De início, não se pretendia que o quadro cooperativo excedesse a configuração de meros locais de discussões, ou, como prefere Tunkin (1974, p. 306) “*a specific form of relations among states*”. Contudo, à medida que as demandas globais submetidas às organizações internacionais se multiplicavam, não restou alternativa senão reconhecer a sua personalidade jurídica internacional: sem dúvida um marco conceitual na história do direito internacional porque se adicionava formalmente à sociedade internacional uma entidade distinta dos Estados, caracterizando-se com isso num elemento disruptor de um sistema pautado pela soberania.

*The world organization appears to us as both a social structure within which all states of the world already have taken or should take places. At the same time, this organization is an autonomous entity in the world international community* (Virally, 1972, p. 30)

Em termos estruturais, a acomodação de entidades estabelecidas por meio de bases temáticas (critério da competência) numa sociedade originalmente definida pelo critério territorial inexoravelmente alterou seu próprio fundamento. Ao analisar esta conjuntura segundo a ótica das organizações internacionais, Reuter (1961, p. 519) pondera que

*la 'souveraineté' ne vaut qu'en termes de juxtaposition, d'exclusivité territoriale, or les organisations se trouvent dans une situation toute différente. A la différence des Etats elles ne portent pas la responsabilité finale du destin d'un commu-*

*nauté humaine ; elles n'ont ni population, ni territoire ; elles n'ont par rapport aux Etats, que des attributions limitées et des pouvoirs restreints. C'est donc à leur propos que l'on peut recourir plus encore que pour les Etats à la notion de compétence. [...] En effet la compétence des organisations internationales doit se composer avec celle des Etats et c'est là une question extrêmement difficile.*

A partir disso, a igualdade formal característica da sociedade composta por entes soberanos teve que conciliar a desigualdade material inerente às organizações internacionais.

As principais afetados por essas mutações do direito internacional foram as doutrinas positivistas, com a ruptura, ao menos parcial, de um arcabouço teórico edificado a partir de elementos como Estado, soberania, território e contrato. Isto porque, conforme aponta Dupuy (2002, p. 27-28)

*Le positivisme comme théorie s'appuie sur l'idée selon laquelle le phénomène juridique est lié à la formation d'un pouvoir central souverain et capable d'exercer la contrainte: l'Etat [...] On voit ici que la force comme les faiblesses intrinsèques du positivisme tiennent à son pilier central: sa polarisation sur l'Etat.*

Todavia, nem mesmo essa rigidez estrutural impediu que, em paralelo, se observasse a gradual consolidação da sociedade internacional. No âmbito político, por exemplo, a evolução é igualmente contrastante. A despeito da natural tendência aos desvios morais de conduta que sem dúvida dificultaram (e em certa medida ainda dificultam) o processo de edificação da sociedade internacional, a conscientização de que ao lado de problemas essencialmente morais também se identificavam problemas de técnica política com certeza contribuiu para o avanço desse processo. Percebeu-se, assim, que fins sociais comuns não poderiam ser obtidos senão por meio da criação de instituições orientadas à sua consecução (Brierly, 1979, p. 44-45).

Desde então, a sociedade internacional convive com dois sistemas, o antigo ainda operacional e dotado de suas fontes tradicionais, e o novo, ainda não totalmente operante e presente em alguns segmentos específicos, mas que não deixa de expor de forma bastante crua a ineficiência das formas clássicas de produção do direito internacional diante dos desafios dessa nova sociedade globalizada cada vez mais carente de respostas rápidas para problemas urgentes.

Tudo isso não ocorreu, sem que a noção original de soberania sofresse uma sensível e necessária reinterpretação. No caso da cooperação monetária, não obstante o real controle da instituição (FMI) ficasse nas mãos de alguns poucos países, atribuiu-se à esta organização o controle de um dos mais emblemáticos atributos da soberania nacional, a moeda:

*Both men [White and Keynes], in the proposal that they put forward, were animated by the belief that the economic distress of the interwar years could be avoided after the end of World War II only by international cooperation on a previously*



*untried scale [...] the decision to surrender to an untried and imperfectly visualized international body the supervision of the one of the most cherished attributes of national sovereignty, the right to change the rate of exchange* (Horsefield, 1969, p. 3).

Em outras organizações, como no caso das decisões do Conselho de Segurança da ONU, atribui-se mesmo a prerrogativa de criar direito (*vide* artigo 25 da Carta da Organização das Nações Unidas), ainda que esta não seja a regra quando se fala de atos de organizações internacionais. Em outros subsistemas de direito internacional, atribui-se a particulares o direito de acionar diretamente o Estado em Cortes Internacionais (*vide* ICSID, 2006), ao passo que a consolidação do *jus cogens* cria uma hierarquização de determinados conteúdos de direito categorizados como inderrogáveis (Accioly et al, 2008). Tudo isso impensável num contexto em que a soberania é entendida em seu estado bruto.

No entanto, nenhum outro fator parece ter sido tão decisivo para o despertar, na sociedade internacional, da percepção do conteúdo global de alguns temas do que o processo de globalização. O que não se esperava era a intensidade adquirida por esse fenômeno, particularmente de sua vertente econômica: sob o seu impulso, o desenvolvimento do capitalismo – internacionalista por natureza – atravessou as fronteiras nacionais, solapando lentamente outros sistemas sociais; condicionando, aos poucos, a política. Na passagem, a tradicional separação entre economia (privado) e política (público) foi paulatinamente superada à medida que a associação entre interesses privados e interesses nacionais desfazia-se. Nesse sentido, Beck (1999, p. 15) esclarece que o “equilíbrio e o pacto de poder da primeira sociedade industrial moderna foram rescindidos e – sem a participação do Governo e do Parlamento, da esfera pública e dos tribunais – foi novamente redigida nos termos da autogestão da atividade econômica”. Com isso, verifica-se que, de fato, “A economia de atuação global enterra os fundamentos do Estado e da economia nacional. E assim entra em curso uma subpolítica de dimensões impensadas e consequências imprevisíveis” (Beck, 1999, p. 18).

Ao contrário do que se poderia pensar, a sua força não se localizou na criação de um sentimento de coesão da sociedade internacional, mas na gradativa corrosão dos elementos que historicamente sustentaram a coesão das sociedades nacionais. Em termos práticos, a compressão do espaço/tempo corroeu as fronteiras nacionais, solapando a outrora sólida fidelidade nacional e substituindo-a por outros elementos não necessariamente internacionais. Se, como aponta Bauman (1999, p. 18), o poder tornou-se extraterritorial, “Não importa mais onde está quem dá a ordem – a diferença entre próximo e distante, ou entre o espaço selvagem e o civilizado e ordenado, está a ponto de desaparecer”.

Os reflexos desse processo são marcantes. Elementos outrora fundamentais à determinação do poder foram sendo gradativamente relativizados. Substituindo as formas de coesão social características da sociedade industrial, nota-se um processo de intensificação do individualismo, no qual os fatores de coesão social, sejam internacionais, sejam nacionais, são redefinidos não mais com base em critérios coletivos objetivos (*e.g.* nacionalidade, classe social, entre outros), mas segundo critérios muitas vezes subjetivos de natureza puramente individual

[...] as fontes de significado coletivas e específicas de grupo (por exemplo, consciência de classe ou crença no progresso) na cultura da sociedade industrial estão sofrendo de exaustão, desintegração e desencantamento. Estas deram apoio às democracias e às sociedades econômicas ocidentais no decorrer do século XX e sua perda conduz à imposição de todo esforço de definição sobre os indivíduos; é isso que significa o conceito do ‘processo de individualização’ (Beck et al, 1997, p. 18).

A originalidade do impacto da globalização (ao menos de sua versão moderna/pós-moderna) sobre o direito internacional reside exatamente na relativização de alguns fatores considerados essenciais ao conceito clássico de sociedade internacional. Bauman (2001, p. 18) pertinentemente constata que “Em termos práticos, o poder se tornou verdadeiramente extraterritorial, não mais limitado, nem mesmo desacelerado, pela resistência do espaço”.

De fato, nada disso seria possível sem a relativa corrosão de um dos elementos fundamentais do Estado moderno: o território (Casella, 2009, p. 27). Afinal, se há um fator comum a todas as dimensões da globalização, este é sem dúvida a superação da “ideia de que se vive e se interage nos espaços fechados e mutuamente delimitados dos Estados nacionais e de suas respectivas sociedades nacionais” (Beck, 1997, p. 46).

Inevitavelmente, o choque dessas transformações sobre a sociedade internacional e sobre o direito que a regulava foi significativo. A clássica noção de justaposição de soberanias, que por muito tempo serviu de estrutura a um direito internacional fundado essencialmente na figura do Estado, diluiu-se com a emergência de novos atores internacionais (e.g. o indivíduo, as empresas multinacionais, entes representativos da sociedade civil como as organizações não governamentais, as organizações internacionais). Sem que o modelo clássico fosse completamente superado, observou-se o processo de emergência de um modelo paralelo, supostamente mais adaptado às novas demandas de uma sociedade internacional reconfigurada.

Nesse cenário, as fontes clássicas de direito internacional continuam operantes, contudo são incapazes de dar conta de todas as demandas que derivam da nova sociedade internacional.

### **O impacto da reinterpretação da soberania nas fontes do direito internacional**

Em 1945, as fontes clássicas do direito internacional foram integradas ao rol não hierarquizado (DINH et al., 2002; ACCIOLY et al, 2009) incorporado no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ), estabelecido juntamente com a Carta das Nações Unidas<sup>113</sup>. Embora sua não exaustividade seja reconhecida, esse dispositivo limita-

---

113 Esses documentos internacionais foram promulgados no Brasil por meio do Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945, que promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência

-se a elencar como fontes de direito internacional as convenções internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de direito, acrescentando como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações. De fato, desde sua concepção, esse artigo não pretendeu exaurir o rol das fontes em direito internacional público, servindo, seu elenco, expressamente para delimitar de forma material e inequívoca a fundamentação das decisões da Corte (Trindade, 2002).

No entanto, a própria complexidade das controvérsias que emergem da cena internacional levou a própria Corte a buscar alternativas. Dessa forma, outras fontes passam a fundamentar as normas jurídicas internacionais, como os atos unilaterais dos Estados e as decisões de organizações internacionais, que passaram a ser aplicadas com o propósito de decidir contenciosos que não encontram soluções essencialmente fundadas nas tradicionais fontes de direito internacional.

Portanto, sem que se verifique uma suposta superação das fontes clássicas, observa-se a integração ao direito de outros elementos, muitos deles de natureza ainda indefinida, que buscam contribuir de maneira mais eficaz para regular determinados setores da vida internacional que as fontes clássicas apresentam dificuldades de alcançar.

Na prática, as fontes clássicas exibem suas limitações ao tentar organizar uma sociedade internacional em mutação, afetada principalmente pelo fenômeno da globalização. Nesse contexto não se confronta mais a um panorama preciso de justaposição de soberanias, em que a autossuficiência de cada Estado na resolução dos problemas nacionais garante, por meio da somatória de soluções individuais, a resolução dos problemas globais. De fato, na atualidade, muitas questões locais assumiram feições globais, adquirindo uma dimensão muito mais ampla que a mera somatória de suas manifestações nacionais.

A maior complexidade dos problemas passou a demandar a intensificação de esforços para equacioná-los, exigindo arranjos cooperativos cuja concretização implicaram em uma ainda maior relativização da soberania nacional. Ademais, a urgência das questões internacionais e suas repercussões quase automáticas tornam obsoleto o formalismo necessário à consolidação das fontes tradicionais do direito internacional: a necessidade de soluções imediatas exige agilidade muitas vezes inalcançável às fontes clássicas.

Dentro desse contexto, afloram instrumentos internacionais distintos, cujo *animus contrahendi* – que baliza as fontes voluntaristas – deixa de se expressar ou se expressa de forma tácita, dificultando a identificação de sua força constringente, mas que não impede, ainda que de forma involuntária, a gradual consolidação global de novas práticas. Algumas dessas práticas funcionariam mesmo como uma etapa anterior na consolidação do direito pelas fontes tradicionais, como a chamada “*soft law*”, cuja “exata configuração normativa permanece incerta” (Casella, 2008, p. 1378), mas que se pode reconhecer que:

[...] a multiplicação dessa ferramenta juridicamente indeterminada, vem responder a anseio dessa mesma comunidade internacional em relação à necessidade de afirmação, se não de princípios, ao menos de anseios, que, todavia, regula-

dos de modo incipiente poderão vir a traduzir-se e regulação legalmente eficaz e adequada para responder às necessidades da humanidade, confrontada com sua sobrevivência (CASELLA, 2008, p. 1378-1379).

Na mesma linha é possível destacar o recentemente consolidado “acordo tácito”.<sup>114</sup> Um instrumento jurídico cuja natureza jurídica também ainda é desconhecida, o que tem levado a interpretações diversas pela doutrina. Se por um lado há autores que os reconhecem como tratados, por outro, há aqueles que os consideram uma forma de costume, além daqueles que aludem aos acordos tácitos como uma possível fonte *sui generis*<sup>115</sup>.

De fato, conforme assinalam Dinh et al (2002, p. 394):

Na vida internacional, os Estados negociam frequentemente instrumentos que não são tratados, mas não são por isso menos destinados a reger as suas relações mútuas e, em todo o caso, a orientar a sua conduta. Resultantes, como os tratados, de uma concertação entre sujeitos de direito internacional, estes [atos] não estão submetidos ao direito dos tratados e, em especial, à regra fundamental que o sustém, o *princípio pacta sunt servanda*. Nem por isso deixam de desempenhar um papel político extremamente importante, o que não é contestado por ninguém, e, a despeito de controvérsias doutrinárias particularmente vivas sobre este ponto desde os anos 70, têm efeitos jurídicos.

Com efeito, as transformações do direito internacional nada mais fazem que refletir o clima de mutação também presente no âmbito da sociedade que tenta regular. Nesse cenário, emerge a necessidade de realinhamento do direito em relação as demandas da sociedade internacional globalizada, promovendo a sinergia entre os diferentes instrumentos de organização social. Isso porque o esforço cooperativo não é naturalmente uniforme em todos os setores da sociedade, mas invariavelmente proporcional à força e à intensidade com que a globalização os afeta. De fato, esse movimento não implica no desaparecimento das fontes clássicas, mas certamente exigem um esforço de adaptação do próprio direito internacional à nova realidade.

Na década de 1950, já se conectava a crise do direito da época à crise geral da civilização ocidental (Kunz, 1955). Sem questionar a existência de uma nova crise ou apenas a extensão daquela, obviamente não se pode ignorar as semelhanças entre ambas. Hoje, a suposta “crise do direito internacional” parece tão somente refletir uma crise maior da própria sociedade moderna em questões que, por natureza são transversais, penetram subsistemas outrora pretensamente isolados, relevando, com isso, a insuficiência dos instrumentos fornecidos pela superada especialização disciplinar que orientou as estratégias intelectuais do século XX (GINTIS, 2005, p. 4).

---

114 *Vide* Decisão da Corte Internacional de Justiça na Disputa Marítima entre Peru e Chile: ICJ, 2014.

115 Sobre os acordos tácitos, ver: Alvarez-Jimenez, 2012; D’Aspremont, 2015; Bonafè, 2014; Rosales Zamora, [2014].

## Conclusão

A compressão das variáveis de espaço e tempo impactou de forma decisiva aqueles fatores sobre os quais se edificara o sistema vestfaliano, corroendo, na passagem, as bases estáticas de um direito fundado basicamente numa noção de soberania exibindo clara vertente territorial.

Ao corroer as já porosas fronteiras nacionais, o fenômeno da globalização impactou, assim, um dos sustentáculos da lógica jurídica em que se fundava o direito internacional do século XIX e que, em grande medida, mantinha-se inviolado até os dias atuais. Nesse contexto, as fontes clássicas exibem suas limitações ao tentar organizar uma sociedade internacional que se transforma em progressão geométrica.

Desta nova conjuntura, resta a crescente incapacidade das fontes clássicas de direito internacional para regular certas distorções da sociedade moderna: ocorrência de crises econômicas globais, ameaças ecológicas, movimentos migratórios incontrolláveis que, não raro, redundam em tragédias humanitárias, combate ao terrorismo (inclusive digital), contenção de epidemias, entre outros fenômenos.

Nesse contexto, o papel do Estado gradativamente se desloca, dando lugar a outros entes, como as organizações internacionais. Por mais que se pretendesse manter a antiga concepção que via nas organizações internacionais meras extensões dos desígnios de seus membros, após a consolidação da personalidade jurídica internacional desses entes, tal entendimento deixa gradualmente de subsistir, abrindo espaço para consolidação da personalidade jurídica internacional de indivíduos, empresas transnacionais e outros entes. A partir disso, parece claro que o direito internacional clássico é incapaz de satisfazer todas as demandas da sociedade moderna.

Seria, no entanto, equivocado decretar a falência do antigo sistema ou imaginar que essa nova configuração virá um dia eliminá-lo. De fato, o direito é um reflexo da sociedade que visa regular, assim da mesma forma que segmentos mais dinâmicos dessa sociedade demandam formas mais aptas a produzir o direito num contexto de maior urgência, segmentos mais tradicionais dessa sociedade ainda contam com a fiabilidade de um conjunto de fontes consolidado através da prática internacional.

Afinal, se é verdade que o direito internacional de nossos dias comporta uma dose mais marcada de cooperação (Weil 1982), quando comparado ao direito internacional de outros séculos, a função de cooperação não eliminou (nem parece ter sido essa a intenção) a função de coexistência: ambas funções continuarão a se completar como sempre fizeram.

# Referências bibliográficas

- ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo E.; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALVAREZ-JIMENEZ, Alberto. Boundary Agreements in the International Court of Justice's: Case Law, 2000-2010. *The European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 23, n. 2, 2012, p. 495-515.
- BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. *O que é Globalização?* equívocos do globalismo: respostas à globalização. São Paulo: Terra e Paz, 1999.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora das Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BODIN, Jean. *On Sovereignty: Four chapters from The Six Books of the Commonwealth* (Edited and translated by Julian H. Franklin). New York: Cambridge University Press, 1992.
- BONAFÈ, Beatrice I. Observatoire sur la Cour Internationale de Justice n. 2/2014. Le differend maritime entre le Perou et le Chili et l'existence d'accords tacites en Droit International: Arrêt du 27 janvier 2014, Différend maritime (Pérou c. Chili), *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2014, p. 320-326.
- BRASIL. Decreto nº 18.956, de 22 de outubro de 1929. Promulga seis convenções de direito internacional publico, aprovadas pela Sexta Conferencia internacional americana. Publicado no D.O.U. em 12 de dezembro de 1929. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-18956-22-outubro-1929-549004-publicacaooriginal-64267-pe.html>>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d19841.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Publicado no D.O.U. em 15 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2016.
- BRIERLY, James Leslie. *Direito Internacional*. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1979.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993
- CASELLA, Paulo Borba. *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do Direito Internacional Pós-Moderno*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008;

D'ASPREMONT, Jean. *The International Court of Justice and tacit conventionality*. **QIL**, Zoom-in 18, 2015, p. 3-17.

DE VISSCHER, Charles. *Cours général de principes de droit international public*. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI). The Hague: The Hague Academy, 1954, v. II, t. 86.

DE VISSCHER, Charles. *Theory and reality in Public International Law*. New Jersey: Princeton University Press, 1957

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Droit international public*. Paris: L.G.D.J., 2002.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DUPUY, Pierre-Marie. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 2004

DUPUY, Pierre-Marie. *L'unité de l'ordre juridique international*. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI). The Hague: The Hague Academy, 2002, T. 297.

DUPUY, René-Jean. *État et organisation internationale*. In: *Manuel sur les organisations internationales: a handbook on international organizations*. Dordrecht /Boston/ Lancaster: Martinus Nijhoff Publisheurs, 1998.

FUKUYAMA, Francis. *State building*. Paris: La Table Ronde, 2005.

GINTIS, Herbert; BOWLES, Samuel ; BOYD, Robert ; FEHR, Ernst. *Moral sentiments and material interests: the foundations of cooperation in economic life*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2005.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martin Claret, 2008.

HOBSBAWM, Eric J. *A era do capital: 1848-1875*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

HORSEFIELD, James Keith. *The International Monetary Fund: 1945-1965: Twenty years of International Monetary Cooperation*, Vol. 1: Chronicle. Washington: IMF, 1969.

ICJ - INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*: Judgment of 27 January 2014. I.C.J. Reports 2014, p. 3. The Hague: ICJ, 2014.

ICSID – INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. ICSID Convention, Regulations and Rules. Washington, DC: ICSID, 2006.

KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

KUNZ, Josef L. *La crise et les transformations du droit des gens*. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI). The Hague: The Hague Academy, 1955, vol. 88, issue II.

DE MIRANDA, Luiz Ricardo. *O Grupo Banco Mundial e a regulação internacional do financiamento de projetos (Project Finance)*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 24-25.

DE MIRANDA, Luiz Ricardo. O impacto estrutural do reconhecimento da personalidade jurídica internacional das organizações internacionais no direito internacional clássico. In: XXII CONPEDI Congresso Nacional, Livro: Direito internacional. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 375-398. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3284d704ca038978>

- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- NUSSBAUM, Arthur. *A concise history of the law of nations*. New York: Macmillan Co. 1947.
- PACTO da Sociedade das Nações de 1919. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/pacto-da-sociedade-das-nacoes-1919.html>>. Acesso em: 10 abr. 2016.
- POGGI, Gianfranco. *A evolução do Estado moderno: uma introdução sociológica*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.
- REUTER, Paul. Mélanges. *Principes de droit international public*. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye (RCADI). The Hague: The Hague Academy, 1961-II, vol. 103.
- ROSALES ZAMORA, Pablo César. *¿Los Acuerdos Tácitos Pueden Delimitar una Frontera Marítima?: A Propósito de la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el Caso Perú vs. Chile*. Rio de Janeiro: Cedin, [2014].
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- TUNKIN, Grigory. I. *Theory of international law*. Massachusetts: Harvard University Press, 1974.
- WEIL, Prosper. Vers une normativité relative en droit international? *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, Pedone, 1982, tome LXXXVI, p. 5-47.
- ZEMANEK, Karl. The legal foundations of the international system, General course on public international law, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International (RCADI), v. 266, 1997, p. 9-336.



# A influência do direito internacional na regulamentação dos sinais distintivos - Maitê Cecilia Fabbri Moro

Professora de Direito Empresarial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP;  
Mestre e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.  
Advogada e Consultora na área de Propriedade Intelectual

## 1. Apresentação geral

A intensificação do comércio internacional ocorrida nas últimas décadas e o conseqüente acirramento da concorrência entre empresas deu destaque e valorizou os denominados bens imateriais, dentre os quais se inserem os sinais distintivos.

Espécie do gênero propriedade industrial, os sinais distintivos compreendem as marcas, os nomes empresariais, as indicações geográficas e alguns ainda acrescentam os nomes de domínio. As marcas distinguem produtos e serviços; os nomes empresariais identificam os empresários; as indicações geográficas identificam locais geográficos conhecidos pela produção ou extração de um produto; e os nomes de domínio identificam endereços eletrônicos na internet.

Todos esses sinais são considerados distintivos, pois possibilitam às pessoas diferenciar o que produto, serviço, pessoa, local ou endereço que eles identificam. Os renomados doutrinadores franceses Albert Chavanne e Jean-Jacques Burst ensinam que os sinais distintivos, “*são os meios fonéticos ou visuais que permitem à clientela reconhecer os produtos, serviços ou estabelecimentos que ela procura e de os distinguir dos produtos, serviços ou estabelecimentos similares*”<sup>116</sup>.

O objetivo deste artigo é demonstrar como a legislação brasileira referente aos sinais distintivos sofreu e ainda sofre influência dos principais tratados internacionais que versam sobre o tema. Tendo em vista a importância das marcas atualmente e pela maior regulamentação internacional destas, a elas dar-se-á ênfase.

---

116 Albert Chavanne e Jean-Jacques Burst. *Droit de la Propriété Industrielle*. 5ª ed. Paris: Dalloz, 1998, p. 471. Tradução livre do original: “*sont les moyens phonétiques ou visuels qui permettent à la clientèle de reconnaître les produits, les services ou les établissements qu'elle recherche et de les distinguer des produits, des services ou des établissements similaires*”.

## 2. A proteção dos sinais distintivos no Brasil

Primeiramente, vale observar que, no Brasil, a proteção da propriedade industrial (aqui incluídos os sinais distintivos) é garantida na Constituição Federal.

A Constituição Federal Brasileira assegura proteção aos sinais distintivos por meio de seu art. 5º, inc. XXIX, como abaixo se observa:

*“Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]*

*XXXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à **propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos**, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico do País;”* (original não grifado)

Esta garantia constitucional não é novidade da Constituição Federal de 1988. Desde a Constituição do Império, com uma única exceção na Constituição do Estado Novo (1937)<sup>117</sup>, assegura-se a proteção nas Constituições aos direitos de propriedade intelectual. No caso dos sinais distintivos esta garantia foi introduzida na primeira Constituição Republicana, datada de 1891.

Na legislação infra constitucional a proteção às marcas e indicações geográficas, atualmente, é a Lei 9.279/96 que encontra-se em vigor. No caso dos nomes empresariais, a legislação vigente é o Código Civil. No caso dos nomes de domínio, sua proteção é garantida pelas regras de repressão à concorrência desleal (Lei 9.279/96), regras do Sistema Administrativo de Conflitos de internet relativos a Nomes de domínio de primeiro nível (SACI-Adm) do NIC.br às quais os detentores se obrigam por meio de contrato no momento do registro e, subsidiariamente, à legislação de marcas.

O Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), uma autarquia federal, ligada ao Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio, é responsável pela avaliação e registro de marcas<sup>118</sup> e pelo reconhecimento das indicações geográficas no território nacional.

O nome empresarial, apesar de também constituir um sinal distintivo empresarial, diversamente das marcas, tem sua proteção principal no ordenamento pátrio concentrada no Código Civil/2002.

A proteção ao nome empresarial se obtém pelo arquivamento dos atos constitutivos da empresa na Junta Comercial.

---

<sup>117</sup> A Constituição de 1937 deixou de fora a garantia desses direitos da esfera constitucional, somente estabelecendo competência privativa da União para legislar acerca de invenções, direito autoral e marcas (Art. 16, inc. XX e XXI)

<sup>118</sup> Principal e mais conhecido sinal distintivo na atualidade.

É por meio do nome empresarial, conforme os ensinamentos de Fran Martins<sup>119</sup>, “*que o comerciante se identifica e assume as obrigações atinentes ao seu comércio*”. Em outras palavras, é pelo nome empresarial que a sociedade reconhece o empresário, como exercente de uma determinada atividade empresarial ou industrial.

De acordo com Jacques Azéma e Jean-Christophe Galloux “*O nome empresarial é a denominação sob a qual uma pessoa física ou moral explora uma empresa; ele também distingue um fundo de comércio de outros similares*”<sup>120</sup>.

As indicações geográficas têm proteção na Lei 9.279/96 no art. 176 e ss., constituindo gênero do qual são espécies as indicações de procedência (art. 177 da LPI) e as denominações de origem (art. 178 LPI). A indicação de procedência identifica que determinado produto tem origem em determinado território, que ficou conhecido por extrair ou produzir esse determinado produto; a denominação de origem identifica produtos cujas características, condições e qualidades se devem exclusiva ou essencialmente àquela origem geográfica que as designa.

O reconhecimento de uma indicação de procedência ou denominação de origem não é atributivo de direito, mas, tão somente declaratório deste.

Os nomes de domínio com extensão .br podem ser consultados e obtidos no Brasil no Registro.br (Registro de domínios para a Internet no Brasil) encontrado no site [www.registro.br](http://www.registro.br), onde são outorgados em um sistema *first served*. Eventuais disputas referentes a nomes de domínio .br, quando o titular tenha aderido SACI-Adm no contrato firmado com o NIC.br quando do registro dos nomes de domínio, devem ser resolvidas em centros de solução de disputas, como, por exemplo, o CASD-ND<sup>121</sup> da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI).

### **3. A proteção das marcas no direito brasileiro**

Como sinal distintivo, a marca facilita a identificação de produtos e/ou serviços dentro do mercado, possibilitando, ao mesmo tempo, o seu reconhecimento pelo público consumidor e a diferenciação dos produtos ou serviços dos concorrentes. Identificar e diferenciar são, portanto, características intrínsecas das marcas, as quais constituem, atualmente, o principal e mais valorizado elemento distintivo imaterial de uma empresa.

Importantes símbolos de comunicação para as empresas, as marcas além de fazerem parte da estratégia de marketing destas, representam, muitas vezes, seu mais valioso bem. Marcas como Coca-Cola, Apple e Google têm um valor de mercado estimado tão alto, que chegam a ultrapassar o valor de todos os bens móveis pertencentes à empresa. Assim, uma marca bem trabalhada e de sucesso entre os consumidores, significa um grande

---

119 MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 346.

120 Jacques Azéma e Jean-Christophe Galloux. *Droit de la propriété industrielle*. 6ed. Paris, Dalloz, 2006. p. 897. Tradução livre. Texto original: “Le nom commercial est la dénomination sous laquelle une personne physique ou morale exploite une entreprise; Il distingue ainsi un fonds de commerce des fonds similaires”.

121 Câmara de Solução de Disputas relativo a nomes de domínio.

poder de mercado a seu titular. Por se tratar de um bem economicamente estimável e com reflexos na concorrência entre empresas, as marcas recebem uma regulamentação jurídica própria.

A Lei 9.279/96 estabelece claramente no artigo 129 que a obtenção do direito marcário no Brasil se dá registro:

*Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta Lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148. (original não grifado)*

Apesar de ser um bem cuja proteção, a rigor, se dá nos limites do território nacional, constitui tema de relevante regulamentação internacional, a qual efetivamente exerce influência na regulamentação nacional, como se verá adiante.

A influência e inter-relação do direito internacional com o direito da propriedade industrial não é de hoje. Mas, sem dúvida, com o crescimento da importância da propriedade industrial no âmbito empresarial, ganhou mais destaque nas últimas décadas.

Antonio Amor Fernandez entende ser o internacionalismo a característica principal dos direitos de propriedade industrial. Diz o mencionado autor, após demonstrar a diversidade de opiniões de autores em relação à natureza jurídica dos direitos de propriedade industrial que: “En una cosa sí están de acuerdo todos los autores y es en el carácter eminentemente internacional de estos derechos”.

A constatação de uma crescente troca de mercadorias e serviços entre países e sendo a maioria deles identificados por marcas sempre inquietou seus titulares quanto à garantia de proteção desses sinais em outros países. Inquietação transferida aos legisladores que, em consequência, buscaram uma harmonização de proteção para este tipo de bens intangíveis que transitam além fronteiras. Daí a noção internacionalista dos temas de propriedade industrial e, conseqüentemente, dos sinais distintivos.

Diante dessas reivindicações e necessidades, acordos internacionais foram firmados com vistas a harmonizar os direitos de propriedade industrial.

#### **4. Os tratados internacionais assinados pelo Brasil**

O Brasil é signatário de inúmeros tratados internacionais na área de propriedade industrial. Dentre eles, tratam de sinais distintivos e foram devidamente internalizados no ordenamento jurídico brasileiro: a Convenção da União de Paris (CUP)<sup>122</sup> e o TRIPs (Trade Related Aspects on Intellectual Property Rights)<sup>123</sup>, este último um tratado inserido no contexto da Organização Mundial do Comércio (OMC).

---

122 Decreto 1263/94 – referente à internalização da última revisão da Convenção, conhecida como revisão de Estocolmo.

123 Decreto 1355/94.

A Convenção da União de Paris (CUP) teve seu texto original aprovado em 6 de março de 1883, tendo o Brasil como um de seus signatários desde o princípio. A Convenção assegura uma proteção mínima uniforme e igualitária, em matéria de propriedade industrial, em todos os países contratantes. A adesão a ela e suas revisões possibilitaram uma harmonização legislativa internacional na matéria.

O Brasil, como participante da Organização Mundial do Comércio, também é signatário do TRIPs (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) ou ADPIC, um anexo obrigatório dos textos do acordo multilateral estabelecido na Rodada Uruguai do GATT. O TRIPs foi incorporado pelo Dec. 1.355/94 e suas regras vão além da propriedade industrial, regulando a propriedade intelectual como um todo. Sua redação incorpora as regras da CUP<sup>124</sup>, em muitos casos aprimorando-a.

Tanto a CUP, como o TRIPs estabeleceram padrões mínimos de proteção à propriedade industrial/intelectual para os países ratificantes. A criação de padrões mínimos busca harmonizar as legislações dos países signatários no tema e, com isso, visa respaldar juridicamente, no âmbito internacional, os titulares desses bens.

A adoção do TRIPs, quase trinta anos após a última revisão da CUP<sup>125</sup>, juntamente com a liberalização do comércio internacional brasileiro, fez com que o Brasil pudesse experimentar com a Lei 9.279/96 a atual valorização da propriedade industrial. Alterações substanciais sofridas na legislação corroboram com esta afirmativa, como a aceitação de patentes de medicamentos e produtos químicos e o aumento do prazo de proteção paten-tária.

Destaca-se que o Brasil ainda não é signatário do Protocolo de Madri, um acordo que possibilita o depósito internacional de marca. Apesar de considerar a possibilidade de aderir ao referido Protocolo há já algum tempo, necessita ainda aprimorar o seu exame nacional das marcas.

## **5. A Convenção da União de Paris (CUP)**

A Convenção da União de Paris (CUP) foi aprovada em 20 de março de 1883, constituindo a primeira Convenção internacional que tratou de direitos individuais e privados. A CUP estabelece regras de proteção mínima em todos os países contratantes em matéria de propriedade industrial. O artigo 1.2 da Convenção esclarece que “A proteção da propriedade industrial tem por objeto as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos e modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, o nome comercial e as indicações de proveniência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal”.

Foi a CUP uma tentativa bem sucedida de proteção internacional da propriedade

---

124 Art. 1.3 do TRIPs – Além da Convenção de Paris (1967), também foram incorporadas: a Convenção de Berna (1971); a Convenção de Roma e o Tratado sobre Propriedade intelectual em Matéria de Circuitos Integrados.

125 A última revisão da CUP data de 1967. Após esta tentou-se consenso para outras revisões, mas este nunca foi alcançado.

industrial, uma vez que vários esforços anteriores nesse sentido, não obtiveram o êxito e resultados esperados.

No âmbito da CUP inaugurou-se o conceito de “União” para a proteção da propriedade industrial, a qual consiste na reunião do território de todos os Estados signatários. O Brasil é seu signatário originário, em outras palavras, aderiu a este tratado desde o início de sua vigência. Após sua entrada em vigor, a CUP passou por diversas revisões, e, atualmente, encontra-se em vigor no território nacional a última revisão do documento, a denominada Revisão de Estocolmo, datada de 14 de julho de 1967.

Maristela Basso ensina que “As Convenções de Paris e de Berna representam a tentativa dos Estados de regular de forma universal uma matéria de extrema importância legislativa e de interesse eminentemente individual, à primeira vista. Não há dúvida, também, de que estas Convenções representam o primeiro passo rumo à formação de um direito internacional privado comum, superior aos direitos internos de cada nação”<sup>126</sup>.

Logo, não só para o direito da propriedade industrial ela teve importância significativa, mas também para o direito internacional a CUP representou uma inauguração de novos tempos.

Os pilares da CUP foram construídos com fundamento em basicamente três princípios: o princípio do tratamento nacional; o princípio do tratamento unionista e o direito de prioridade. Em relação a este último, nem todos o veem como um princípio, entretanto é sem dúvida um dos direitos mais importantes trazidos pelo tratado.

Pelo princípio do tratamento nacional assegura-se em cada um dos Estados contratantes, para os nacionais dos Estados membros ou pessoas que têm seu domicílio ou estabelecimento industrial ou comercial efetivos neles, as mesmas vantagens que as respectivas leis concedam ou venham a conceder a seus próprios nacionais, no que se refere à proteção da propriedade industrial.

Inclui-se na ideia de tratamento nacional, a aquisição, extensão, duração e obrigações decorrentes dos direitos de propriedade intelectual, bem como as defesas a estes direitos e sanções aplicáveis aos casos de violação.

Antes da implementação da noção de tratamento nacional, como um princípio cuja obediência é exigida a todos os Estados-Parte, a questão do tratamento de um nacional de outro Estado era resolvida sob a regra da reciprocidade. Esta, mais suscetível a instabilidades e rusgas de ordem política entre países. O princípio do tratamento nacional é, portanto, uma concepção que está diretamente ligada à questão da não discriminação.

Maillard de Marafy, em 1890, demonstrou a importância do tratamento nacional, introduzido pelo art. 1º da CUP, atentando para errôneas interpretações de autores da época. Esclareceu que “Quelques auteurs à courte vue ont cru découvrir dans cette clause fondamentale de la Convention une contradiction flagrante avec l'article 6 qui assure à l'étranger propriétaire d'une marque le traitement du pays d'origine, en ce qui concerne la

---

126 Maristela Basso. O direito internacional da propriedade intelectual. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000. p. 25. Importante esclarecer que a Convenção de Berna trata de direitos de autor e conexos.

constitution de ladite marque<sup>127</sup>. Mais recentemente, Eugenio da Costa e Silva, ao tratar do princípio do tratamento nacional, explica que “[...] por sua objetividade, deixa pouca margem para interpretações divergentes de seu mandamento. Vale lembrar, contudo, que nacionais de países não participantes da União de Paris, que sejam domiciliados ou mantenham estabelecimentos industriais ou comerciais no território de um dos países da União, beneficiar-se-á, também, da aplicação do princípio do tratamento nacional<sup>128</sup>.”

Ademais do princípio do tratamento nacional, a CUP possui regras exclusivamente direcionadas para a “União”. Não se tratam precisamente de regras de harmonização, apesar de algumas isso pretenderem, mas de regras direcionadas diretamente aos nacionais da União. Um bom exemplo deste tipo de regra é o art. 6 bis da CUP, o qual criou uma regra a ser cumprida pelos Estados, para beneficiar os nacionais da União, pela qual seria reconhecida a notoriedade de uma marca estrangeira, em seu ramo de atividade, no país da União, independentemente de ela estar ou não registrada neste país<sup>129</sup>.

Esse tipo de regra visa à uniformização da legislação, e não a uma harmonização e, por isso, para muitos, os conflitos de leis desapareceriam. Mas isso não ocorreu, para tanto seria necessário criar um código de propriedade industrial mundial, ao qual todos os países deveriam obedecer. Esta, seguramente, não foi a intenção do legislador convencional.

A maior crítica, entretanto, que se lança a esta Convenção, a qual é feita à maioria das regulamentações internacionais, é a de não possuir um mecanismo efetivo de coerção, não existindo sanção para o descumprimento de seus preceitos pelos Estados-Partes. Esta lacuna foi, de certa forma, preenchida pelo TRIPS, o qual passaremos a analisar.

## **6. O TRIPS (Agreement on Trade Related Aspects on Intellectual Property Rights ou Acordo sobre Aspectos do Direito de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio)**

O TRIPS constitui parte integrante do acordo constitutivo da OMC (Organização Mundial do Comércio), mais especificamente constitui o Anexo 1C do acordo. E, apesar de estar voltado para “aspectos relacionados ao comércio”, Friedl Weiss entende que “Ele somente de maneira oblíqua designa como seu objeto ‘os aspectos relacionados ao comércio’ dos IPRs<sup>130</sup>.”

---

127 Maillard de Marafy. *Grand Dictionnaire international de la propriété industrielle au point de vue non commercial des marques de fabrique et de commerce de la concurrence déloyale*. v.V, p. 393.

128 Eugenio Costa e Silva. A propriedade intelectual e a liberalização do comércio internacional. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Guerra comercial ou integração mundial do Comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 694.

129 Mais adiante falar-se-á mais a respeito do tema.

130 Friedl Weiss. Aspectos de direito internacional público do TRIPS. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Guerra comercial ou integração mundial do Comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 586.

No Brasil, em 30 de dezembro de 1994, promulgou-se, por meio do Decreto 1.355, a Ata Final da Rodada Uruguai de Negociações do GATT, o acordo constitutivo da OMC. A entrada em vigor desse acordo ocasionou na época, e ainda ocasiona nos tribunais, muita celeuma. Basicamente, havia um grupo que entendia estar o TRIPS em vigor no Brasil a partir de 1 de janeiro de 1995 e outro grupo que entendia que o mesmo só entraria em vigor a partir de 1 de janeiro de 2000, em virtude da interpretação do estabelecido no art. 65, itens 1 e 2 do próprio acordo TRIPS. Não nos aprofundaremos nessa questão, pois, atualmente, sua vigência é inquestionável no território brasileiro.

A adesão ao TRIPS é feita automaticamente quando da adesão de um país ao sistema da OMC e não se aceitam reservas às suas disposições. Esta regra decorre da adoção pelo sistema do princípio do “single undertaking”, que encontra-se expresso no Acordo constitutivo da OMC (art. 2.2).

Diversamente da Convenção da União de Paris, o TRIPS não trata somente da propriedade industrial, mas da propriedade intelectual. Neste ponto sendo mais amplo, uma vez que a propriedade intelectual engloba a propriedade industrial. O TRIPS, além de temas como marcas, patentes, indicações geográficas e desenhos industriais, trata da proteção dos direitos autorais e conexos (matéria esta de outras convenções, dentre elas: a Convenção da União de Berna – CUB), da topografia de circuitos integrados (antes tratada somente no Tratado sobre propriedade intelectual de circuitos integrados) e da proteção às informações confidenciais, estas últimas não expressamente previstas na CUP.

Deve-se deixar claro que o fato de ter o TRIPS regulado novamente matérias contidas em outros tratados já existentes não o coloca em posição hierarquicamente superior ou o faz revogar os mencionados acordos. Isso fica claro no próprio texto do TRIPS, artigo 2, itens 1 e 2 que estabelecem:

*“Art. 2*

*1 – Com relação às Partes II, III e IV deste Acordo, os Membros cumprirão o disposto nos Artigos 1 a 12 e 19, da Convenção de Paris (1967);*

*2 – Nada nas Partes I a IV deste Acordo derrogará as obrigações existentes que os Membros possam ter entre si, em virtude da Convenção de Paris, da Convenção de Berna, da Convenção de Roma e do Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos integrados.”*

Com estes dispositivos, fica nítido que a interpretação do TRIPS deve ser conjugada com a das normas da CUP.

O TRIPS “apresenta os padrões mínimos substantivos de proteção que deverão ser seguidos pelos Estados-Partes”, objetiva com isso uma harmonização de comportamentos entre seus signatários no que tange à regulamentação da propriedade intelectual.

Considerando-se que as regras de TRIPS são direcionadas aos Estados, e não aos indivíduos diretamente, é imprescindível que as regras contidas no Acordo sejam observadas pelos legisladores nacionais. O TRIPS requer padrões mínimos, mas deixa claro que “os membros poderão, mas não estão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida” (art. 1.1), desde que elas não contrariem disposições estabelecidas no



Acordo, e deixa à critério do Estado-membro a forma que lhe pareça mais adequada à sua implementação.

Friedl Weiss ensina que o TRIPS abarcou todos os principais tipos de propriedade intelectual e fixou três conjuntos básicos de normas. “O primeiro conjunto, que é abarcado pela parte II, traz padrões mínimos de proteção ‘relativos à viabilidade, alcance e utilização dos direitos da propriedade intelectual’. Estes determinaram os principais componentes da proteção em relação a cada tipo de IPR, o que vale dizer, o objeto da proteção, os direitos conferidos e restrições pertinentes, e a duração mínima de proteção. Os critérios pertinentes exigem que os Membros da OMC se submetam aos dois tipos de obrigações. Estas são, por outro lado, determinadas obrigações substantivas das principais Convenções da OMPI, às quais os critérios do acordo TRIPS se referem, obrigações que formam parte daquilo que se pode chamar de ‘IPR *acquis*’; e, por outro lado, obrigações adicionais estipuladas no acordo TRIPS que as complementam.

O segundo conjunto de normas que está contido na Parte III aborda a aplicação dos IPRs, uma matéria não disciplinada pelas convenções internacionais existentes. Tais normas exigem que os membros providenciem procedimentos de aplicação justos, imparciais bem como ágeis, dentro de suas leis nacionais. O objetivo desta parte, que é cuidadosamente abordada, é permitir uma ação efetiva contra qualquer ato de violação aos IPRs abarcados pelo acordo TRIPS, seja por meio da norma processual civil, administrativa ou criminal. O terceiro conjunto de normas, formando a Parte IV, trata da prevenção de disputas e do obrigatório sistema integrado único de solução de controvérsias. Esta parte encerra por se constituir no componente principal de direito público do acordo TRIPS, bem como sua característica mais preciosa e inovadora<sup>131</sup>.

No que concerne à eficácia de suas regras, indiscutível vantagem o TRIPS leva sobre a Convenção da União de Paris, uma vez que há naquele um sistema de solução de controvérsias com reais possibilidades de sanção, o que o torna um efetivo meio de coerção caso as regras estabelecidas não sejam observadas.

Por constituir parte do Acordo de Constituição da OMC, os princípios externados no Acordo TRIPS são os mesmos consignados no GATT, quais sejam: o princípio do tratamento nacional e o princípio do tratamento da nação mais favorecida.

Tal qual previsto na CUP, o princípio do tratamento nacional foi repetido no TRIPS, em seu Art. 3, onde estabelece que “Cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção da propriedade intelectual, salvo as exceções já previstas [...]”.

Diferentemente ocorre com o princípio da nação mais favorecida, conhecido do GATT, mas até então não aplicado à propriedade intelectual. O Acordo TRIPS inaugurou esta aplicação, estabelecendo em seu art. 4 que “Com relação à proteção da propriedade intelectual, toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade que um Membro conceda aos nacionais de qualquer outro país será outorgada imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os demais Membros”. Constitui exceção a esse princípio eventuais

---

131 Friedl Weis. Op. cit. p. 584-585.

acordos internacionais firmados anteriormente que tenham concedido algum tipo de vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade a um ou mais membros.

## **7. As regras do direito brasileiro advindas ou influenciadas pelos tratados internacionais firmados pelo Brasil**

No Brasil, a proteção jurídica das marcas está garantida pela Lei 9.279 de 15 de maio de 1996. O artigo 122 da Lei, estabelece o que pode ser registrado como marca:

*Art. 122 - São suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais.*

Destaque-se que a Lei 9.279/96 estabeleceu que é registrável como marca o sinal distintivo “visualmente perceptível”. Constitui esta uma limitação ao registro que exclui deste alguns sinais identificadores de produtos e/ou serviços que, por suas características, poderiam ser registráveis como marca, como: sinais sonoros e olfativos.

A justificativa dessa limitação poderia ser meramente uma vontade legislativa ou um posicionamento doutrinário, mas, a rigor, trata-se de uma faculdade garantida em tratado internacional.

O art. 15 do Acordo TRIPs, tratado internacional do qual o Brasil é signatário, assim estabelece:

*1 - Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Estes sinais, em particular palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas. Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. **Os Membros poderão exigir, como condição para o registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis.** (original não grifado)*

O art. 15.1 do Acordo TRIPs, ensaiou um amplo conceito do que pode ser considerado como marca nos países signatários. Pode-se dizer que o legislador internacional estabeleceu regras de observação obrigatórias e facultativas aos seus membros. A obrigatoria seria a de que só pode ser marca um sinal que seja capaz de distinguir bens e serviços, em outras palavras, deve ser um sinal que distinga, que identifique. Já, as regras facultativas seriam: a de se aceitar como marcas registráveis, sinais que a princípio não eram capazes de distinguir, mas que, com o uso no mercado, passaram a distinguir produtos e serviços e, portanto, a exercer função marcária; e a possibilidade de os países signatários condicionarem seu registro a sinais que sejam visualmente perceptíveis.

Logo, dentro da proposta do TRIPs de servir como um *standard* mínimo de proteção, a regra brasileira que limita o registro de marcas aos sinais visualmente perceptíveis, está totalmente inserida.

Como já mencionado acima, obtém-se a proteção para a marca no Brasil por meio de registro perante o INPI.

Para se obter o registro, uma marca necessita passar por um procedimento administrativo perante a mencionada autarquia, o qual possibilita o contraditório e no qual se verifica se o sinal está ou não de acordo com os preceitos legais. Em outras palavras, a autarquia federal averiguará se a expressão atende os requisitos de validade das marcas, quais sejam: distintividade, disponibilidade e licitude do sinal.

Um importante direito incorporado pela Convenção da União de Paris é o direito de prioridade. Estabelecido no art. 4 da CUP, esse direito consiste na possibilidade de um nacional da União, em um período predeterminado, valer-se da data de seu primeiro depósito de um pedido de patente de invenção, modelo de utilidade, desenho industrial ou registro de marca, em um dos países da União, para solicitar a proteção nos demais países, sem prejuízo da novidade ou da disponibilidade do sinal. No caso de patentes de invenção e de modelo de utilidade o prazo é de 12 meses e, no caso de desenho industrial e marcas, o prazo é de 6 meses. Marcel Plaisant explicou-o sinteticamente: “*Dans les pays à dépôt attributif, son rôle protecteur a toute sa portée: à partir du premier dépôt, tous les faits survenus dans l’intervalle jusqu’à l’expiration du délai sont considérés comme non avenus et demeurent impuissants à invalider la propriété du déposant. Par la vertu du droit de priorité, le déposant unioniste fait rétroagir sa propriété à une base certaine*”<sup>132</sup>.

Estabelece o Art. 4º da Convenção da União de Paris (CUP):

*Art. 4 A. (1) Aquele que tiver devidamente apresentado pedido de patente de invenção, de depósito de modelo de utilidade, de desenho ou modelo industrial, de registro de marca de fábrica ou de comércio num dos países da União, ou o seu sucessor, gozará, para apresentar o pedido nos outros países, do direito de prioridade durante os prazos adiante fixados.*

*(2) Reconhece-se como dando origem ao direito de prioridade qualquer pedido com valor de pedido nacional regular, em virtude da legislação nacional de cada país da União ou de tratados bilaterais ou multilaterais celebrados entre países da União.*

---

132 Marcel Plaisant. *Traité de Droit Conventionnel International concernant la Propriété Industrielle*. Paris: Sirey, 1949.

A Lei 9.279/96 (LPI) reconheceu expressamente o direito de prioridade para patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos industriais e marcas. No que tange às marcas, tal reconhecimento encontra-se no artigo 127 da LPI. Elucida Luiz Guilherme Loureiro que o direito de prioridade foi concebido pela CUP para assegurar “ao pedido de patente ou ao registro de marca depositado em país com o qual o Brasil mantenha acordo, ou em organização internacional, a produção do mesmo efeito de pedido depositado no território nacional [...]. Isso desde que observados os prazos previstos nos acordos em que o Brasil for parte e que não seja o pedido estrangeiro prejudicado por fatos supervenientes (ex. nulidade, desistência etc.)”<sup>133</sup>

Para poder gozar do direito de prioridade, o requerente, nacional da União, deve reivindicar a prioridade no ato do depósito no Brasil, momento no qual deverá comprovar que há um depósito anterior em outro país da União que foi realizado, no caso específico de marcas, há, no máximo, seis meses.

Obtido o registro, tem-se o direito sobre a marca, o qual garante seu uso exclusivo por um período de 10 anos, renovados indefinidamente (cf. Art. 133 da LPI). Em relação ao prazo de proteção é possível também verificar a consonância das regras nacionais com o padrão mínimo estabelecido nos acordos, que estabelecem que a proteção das marcas nos países signatários não pode ser inferior a sete anos, renováveis indefinidamente, conforme TRIPS.

Juridicamente, protege-se, o poder distintivo da marca, em outras palavras, a capacidade que ela tem de identificar produtos ou serviços no mercado. Essa proteção tem outro limite que é o ramo de atividade ao qual a marca se destina, pois as marcas obedecem ao princípio da especialidade.

Adquire-se, portanto, a propriedade de uma marca mediante registro outorgado pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), o qual garante ao titular um direito de exclusividade de uso, em todo o território brasileiro, da expressão registrada para identificar o produto ou serviço designado. O objetivo maior do uso exclusivo é que, ao titular da marca, seja possível individualizar-se frente a seus concorrentes.

Como consequência deste direito de uso exclusivo de uma marca, é facultado, ao seu titular, impedir que terceiros façam uso de sua marca sem o devido consentimento prévio, em todo o território brasileiro.

Ainda no que tange especificamente ao direito de marcas, a Convenção da União de Paris consagrou, em seu artigo 6.3, a independência dos registros marcários, o que significa que um registro de uma marca na Alemanha não influencia em nada o registro da mesma marca no Brasil. Por exemplo, em caso de declaração de nulidade do registro na Alemanha, este não afetará em nada o registro brasileiro.

Outra regra contida Convenção da União de Paris diz respeito à proteção da marca *telle quelle*, no artigo 6 *quinquies* A1). Este artigo reza que:

---

133 Luiz Guilherme de A. V. Loureiro. *A lei da propriedade industrial*. Ed. Lejus, 1999, p. 266.

*Qualquer marca de fábrica ou de comércio regularmente registrada no país de origem será admitida para registro e protegida na sua forma original nos outros países da União, com as restrições indicadas no citado artigo. Estes países poderão, antes de procederem ao registro definitivo, exigir a apresentação de um certificado de registro no país de origem, passado pela autoridade competente. Não será exigida qualquer legalização para este certificado.*

Uma reflexão um pouco mais aprofundada da regra contida no art. 6 *quinquies* da CUP nos levaria a imaginar ser esta uma regra de dependência da marca com o seu registro no país de origem. Este fato, se confrontado com a independência das marcas, antes mencionada, poderia constituir um paradoxo criado pela regra convencional. Muitas discussões a este respeito foram travadas ao longo das inúmeras revisões sofridas pela CUP, tendo sua redação passado por várias alterações.

Bodenhausen, intérprete oficial do texto convencional, tira qualquer possível dúvida que ainda possa restar quanto ao correto entendimento a ser adotado “[...] l’article 6 *quinquies* concerne une *situation exceptionnelle*. [...] Afin de diminuer l’influence de ces différences sur l’enregistrement des marques, la disposition à l’examen pose le principe qu’une marque de fabrique ou de commerce *régulièrement enregistrée dans le pays d’origine* sera admise au dépôt et protégée *telle quelle* dans les autres pays de l’Union, sous les réserves indiquées dans cet article”<sup>134</sup>.

Assim, a regra seria a independência da marca estabelecida no art. 6.3, enquanto a exceção seria a marca *telle quelle* (art. 6 *quinquies*).

Gama Cerqueira também se debruçou sobre a questão da marca *telle quelle*, entendendo que “Para se valer do direito assegurado por este artigo, é necessário que o interessado tenha registrado regularmente a sua marca no país de origem, podendo ser exigida certidão do *registro regular* fornecida pela autoridade competente desse país, dispensada a sua legalização (art. 6º). Não exige a Convenção que o registro seja válido, bastando a sua regularidade formal.”<sup>135</sup>

A própria Convenção estabelece limites para a marca *telle quelle*, relacionando casos em que o Estado-membro poderá indeferir o registro da marca pretendida. Estão elas dispostas no próprio art. 6 *quinquies*, na letra B:

*B. - Só poderá ser recusado ou invalidado o registro das marcas de fábrica ou de comércio mencionadas no presente artigo, nos casos seguintes:*

- (1) Quando forem suscetíveis de prejudicar direitos adquiridos por terceiros no país em que a proteção é requerida;*
- (2) quando forem desprovidas de qualquer caráter distintivo ou então exclusiva-*

---

134 G.H.C. Bodenhausen. *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*. BIRPI, 1969, p. 112.

135 João da Gama Cerqueira. *Tratado da Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Forense, 1956. vol. 2, t. 2. p. 440-441.

*mente composta por sinais ou indicações que possam servir no comércio para designar a espécie, a qualidade, a quantidade, o destino, o valor, o lugar de origem dos produtos ou a época da produção, ou que se tenham tornado usuais na linguagem corrente ou nos hábitos leais e constantes do comércio do país em que a proteção é requerida;*

*(3) Quando forem contrárias à moral à ordem pública e, particularmente, de natureza e enganar o público. Fica entendido que uma marca não poderá ser considerada contrária à ordem pública pela simples razão de que não está de acordo com qualquer dispositivo da legislação sobre as marcas salvo no caso em que o próprio dispositivo se relacione com a ordem pública. Fica, todavia, ressalvada a aplicação do artigo 10 bis.*

Continuando a avaliação das regras marcárias da CUP, estabelece esta que, nos países em que seja obrigatório o uso da marca registrada, o registro só poderá ser anulado depois de um prazo razoável e se seu titular não justificar as causas da falta de uso.

Quanto à questão da possibilidade de previsão da obrigatoriedade de uso da marca pelos países signatários, o Acordo TRIPs deu tratamento mais específico no art. 15.2. Por este, os países signatários podem condicionar a possibilidade de registro da marca ao seu uso. E ainda, não poderá ser o uso condição para apresentação do pedido de registro, bem como não poderá ser o mesmo indeferido com fundamento no não uso, antes de expirado, no mínimo, três anos da data do pedido.

Neste caso a lei brasileira estabelece regras de caducidade da marca por falta de uso somente podem ser aplicadas após 5 anos do registro no país, estando também de acordo com as regras estabelecidas internacionalmente.

Outra regra diretamente advinda dos referidos tratados internacionais refere-se à proteção para a marca notoriamente conhecida.

As marcas que possuem notoriedade, ou seja, conhecimento acima da expectativa, pela sua maior atratividade e vulnerabilidade, devem ter proteção diferenciada. Tratadas como exceção, no caso da legislação brasileira há dois tipos de marcas que tem esta proteção avantajada em razão do conhecimento que detém. São elas, a marca de alto renome (art. 125 da LPI) e a marca notoriamente conhecida (art. 126 da LPI).

A proteção outorgada à marca de alto renome não tem influência da legislação internacional, diversamente do caso da marca notoriamente conhecida, cuja criação advém da Revisão de 1925 da CUP.

A marca notoriamente conhecida especificamente foi inserida na Convenção pelo artigo 6 bis, introduzido na Revisão de Haia de 1925 da CUP. O texto do artigo assim dispõe:

Art. 6 bis (1) Os países da União comprometem-se a recusar ou invalidar o registro, quer administrativamente, se a lei do país o permitir, quer a pedido do interessado e a proibir o uso de marca de fábrica ou de comércio que constitua reprodução, imitação ou tradução, suscetíveis de estabelecer confusão, de uma marca que a autoridade competente do país do registro ou do uso considere que nele

é notoriamente conhecida como sendo já marca de uma pessoa amparada pela presente Convenção, e utilizada para produtos idênticos ou similares. O mesmo sucederá quando a parte essencial da marca notoriamente conhecida ou imitação suscetível de estabelecer confusão com esta.

Essa regra surgiu da necessidade de proteger marcas estrangeiras que possuíam um certo grau de conhecimento do público num país membro da União e ainda não tivessem sido registradas, de terceiros que dela quisessem tirar proveito.

A marca notoriamente conhecida constitui exceção ao princípio da territorialidade, caracteriza-se pelo seu elevado grau de conhecimento pelo público consumidor (notoriedade setorial) e pela proteção especial a marcas não registradas no seu ramo de atividade (respeita o princípio da especialidade). Logo, a proteção da marca notoriamente conhecida não se submete, como é regra para as marcas, à demarcação do território do país em que está registrada, mas limita-se em relação aos produtos e serviços assinalados (especialidade). Assim, considerada notoriamente conhecida, a marca para ter proteção não necessariamente precisa estar registrada no país. Em termos mais práticos, suponha-se que uma marca muito conhecida no seu ramo de atividade no território nacional para assinalar microscópios não estivesse registrada no Brasil e um brasileiro queira registrar essa mesma marca no território nacional para assinalar lentes, sem ter o consentimento do titular estrangeiro. Apesar da marca estrangeira não ter o registro no Brasil, não obteria o brasileiro o registro. Isso porque, essa marca, sendo muito conhecida no Brasil como distintiva de produtos de microscopia do titular estrangeiro, teria proteção em nosso país, ainda que aqui não estivesse registrada.

No Brasil, após anos de discussão e épocas em que a aplicação direta do mencionado dispositivo não era realizada, o legislador nacional incorporou expressamente o art. 6 *bis* na Lei 9.279/96, no artigo 126 da LPI que assim dispõe:

A Lei de Propriedade industrial brasileira, Lei 9.279/96, faz expressa menção à proteção da Convenção, no artigo 126.

Dispõe o art. 126:

Art. 126. A marca notoriamente conhecida em seu ramo de atividade nos termos do art. 6º *bis* (1), da Convenção da União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial, goza de proteção especial, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil.

§ 1º A proteção de que trata este artigo aplica-se também às marcas de serviço.

§ 2º O INPI poderá indeferir de ofício pedido de registro de marca que reproduza ou imite, no todo ou em parte, marca notoriamente conhecida.

Nota-se que neste caso a menção ao tratado internacional é expressa. Com relação à disposição do § 1º do art. 126 LPI, cumpre ressaltar que o Art. 6 *bis* da CUP não se referia expressamente às marcas de serviço e para deixar claro, evitando-se interpretações analógicas, o legislador nacional preferiu incluí-la no texto legal.

A menção expressa também é feita no TRIPs, como abaixo se observa:

16.2. O disposto no art.6 “bis” da Convenção de Paris (1967) aplicar-se-á, “mutatis mutandis”, a serviços. Ao determinar se uma marca é notoriamente conhecida, os Membros levarão em consideração o conhecimento da marca no setor pertinente do público, inclusive o conhecimento que tenha sido obtido naquele Membro, como resultado de promoção da marca.

E vai além, no artigo 16.3

16.3. O disposto no art.6 “bis” da Convenção de Paris (1967) aplicar-se-á, “mutatis mutandis”, aos bens e serviços que não sejam similares àqueles para os quais uma marca esteja registrada, desde que o uso dessa marca, em relação àqueles bens e serviços, possa indicar uma conexão entre aqueles bens e serviços e o titular da marca registrada e desde que seja provável que esse uso prejudique os interesses do titular da marca registrada

Assim como o fez a Lei 9.279/96, no seu artigo 126, o art. 16.2 do Acordo TRIPS incorporou o art. 6 *bis* da CUP ao seu próprio texto e também deixou claro que este artigo deveria aplicar-se *mutatis mutandis* às marcas de serviço. Ainda, em tentativa de objetivar a apreciação da notoriedade nos casos de marcas notoriamente conhecidas, estabeleceu-se no TRIPS que “Ao determinar se uma marca é notoriamente conhecida, os Membros levarão em consideração o conhecimento da marca no setor pertinente do público, inclusive o conhecimento que tenha sido obtido naquele Membro, como resultado de promoção da marca”.

Indo mais além, o legislador do Acordo TRIPS ampliou a possibilidade de aplicação do Art. 6 *bis*, aplicando-o também para casos em que haja risco de associação por aplicação da marca a produtos e/ou serviços não similares, mas que possam sugerir algum tipo de conexão entre estes e o titular da marca notoriamente conhecida. Esta previsão encontra-se no art. 16.3.

Da leitura dos artigos acima se compreende que não é necessário para que se proteja a marca notoriamente conhecida que ela esteja previamente depositada no Brasil, mas sua proteção se restringe ao ramo de atividade da marca depositada no exterior, pois a proteção abrange tão somente marcas usadas em produtos idênticos ou similares. Em síntese, uma marca muito conhecida em um determinado setor mercadológico, apesar de não estar depositada ou registrada no Brasil, não pode ser concedida a terceiros no país, pois ela se encontra protegida pela LPI, CUP e TRIPS.

Prevê ainda a Convenção a proteção dos emblemas de Estado, como também de certas organizações internacionais, e estabelece que as marcas de serviço e coletivas devem ser protegidas. Nesse sentido há regras na legislação nacional que não permitem o registro por terceiros dessas marcas (LPI, art. 124).



## **8. Conclusões**

A necessidade da troca de mercadorias e serviços entre Estados e sua importância na economia atual fazem com que todos os temas que estejam a ela ligados tornem-se relevantes. Assim, o estudo da regulamentação internacional de marcas é fundamental para compreender a matéria no plano interno, pois vários institutos presentes na lei brasileira de propriedade industrial decorrem de regras convencionais.

É o caso do direito de marcas que, para não constituir um empecilho ao comércio internacional, busca criar regras e harmonizar seu tratamento nos países por meio de tratados internacionais.

A Convenção da União de Paris (CUP), apesar de ter sido iniciada em 1883, evoluiu com o tema e ainda é atual. Além de harmonizar o entendimento sobre aspectos de leis internas, foi a CUP responsável pela criação de institutos importantes até hoje adotados pelos países da União. Tanto é assim que o acordo TRIPS, de 1994, endossa expressamente o cumprimento de suas regras.

O papel exercido pela Convenção da União de Paris e pelo TRIPS na regulamentação internacional da propriedade industrial é, portanto, fundamental, pois não só fornece os alicerces para o tratamento harmônico entre Estados da matéria, como também proporciona uma maior segurança jurídica nas transações internacionais, uma vez que suas os princípios básicos instituídos pela CUP e incorporados pelo TRIPS foram adotados nos países-membros.

# C.F. 52 X, o STF e o Senado Federal – Declaração de inconstitucionalidade de lei em concreto pelo STF. Mutações constitucionais? – Nelson Nery Júnior

Professor Titular das Faculdades de Direito da  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)  
e da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)  
Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP  
Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo, aposentado  
Advogado e Consultor Jurídico

## 1. Introdução

Tem havido movimentação em setores da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de fazer com que se tenha como revogada a CF 52 X, a pretexto de que a tarefa dada pela Carta Política ao Senado Federal, no processo de controle concreto da constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, quando o STF declara a inconstitucionalidade, em concreto, pela via difusa, de exceção, estaria superada e seria desnecessária: bastaria a decisão do STF para que a lei ou ato normativo perdesse validade e eficácia.

Essa tese, além de ser inconstitucional, é perigosa porque apequena a atividade do Poder Legislativo, aqui representado pelo Senado Federal como Câmara Alta, direcionando para notável hipertrofia do Supremo Tribunal Federal no processo de controle difuso da constitucionalidade das leis e atos normativos.

É inconstitucional porque: a) ofende o Estado Democrático de Direito (CF 1.º *caput*) e o *due process of law* (CF 5.º *caput* e LIV); b) ofende a CF 2.º, já que não respeita o princípio da separação dos poderes; c) ofende a CF 5.º XXXV, porque confere à causa de pedir em *processo judicial subjetivo*, eficácia de coisa julgada material, que nem mesmo entre as partes desse processo existiria (CPC 502 a 508), transformando, na prática, o controle concreto em controle abstrato equiparável, pois, à ação direta de inconstitucionalidade (ADI); d) ofende e nega vigência à CF 52 X, a pretexto de que estaria ocorrendo *mutação constitucional*.

É imperiosa a manutenção e o respeito à CF 52 X, a que todos, indistintamente, estão vinculados.

Neste estudo, escrito em homenagem ao Prof. Dr. André Franco Montoro, procuramos demonstrar o importante e insubstituível papel do Senado Federal no processo do controle concreto de constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais, contestados em face da Constituição Federal.

## 2. Declaração de inconstitucionalidade pelo STF no controle concreto

O STF, quando declara inconstitucional, *incidenter tantum* (em ação originária ou em RE), lei ou ato normativo federal ou estadual contestado em face da CF, faz o denominado *controle concreto* da constitucionalidade da norma. Nesse caso, a decisão do STF sobre a inconstitucionalidade não faz coisa julgada material (CPC 504). Por isso, o STF remete ao Senado o acórdão no qual foi proferida a declaração incidental de inconstitucionalidade, para que seja feito, pela Câmara Alta, o *controle político* da decisão da Corte Suprema.

O Senado pode tomar uma de duas atitudes: a) concordar com a decisão do STF e, por consequência, emitir resolução suspendendo a execução, em todo o território nacional, da lei declarada inconstitucional pelo STF; b) não concordar com o STF e não emitir a resolução de que trata a CF 52 X.

Ao emitir a resolução (hipótese a), a decisão do Senado tem efeitos *erga omnes*. Caso não seja emitida a resolução (hipótese b), o acórdão do STF vale e produz efeitos somente entre as partes do processo do qual se originou o acórdão que, incidentemente, declarou a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo (CPC 506). A declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF em ADIn, na qual há o denominado *controle abstrato*, o acórdão do STF tem eficácia *erga omnes*, sendo desnecessária sua remessa ao Senado, não incidindo, no caso, a CF 52 X.<sup>136</sup>

Na Reclamação n. 4335, do Acre, que versava sobre a não aplicação do art. 2.º, § 2.º, da Lei n. 8072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), ajuizada contra decisão do TJAC ao entender que não poderia haver progressão de regime, os reclamantes entendiam que o TJAC teria descumprido decisão do STF proferida em controle concreto de constitucionalidade (Recurso Extraordinário), porque a eles se estenderia, independentemente de resolução do Senado nos termos da CF 52 X. Certos os votos que não conheciam da reclamação – o TJAC não teria como descumprir decisão proferida *inter alios*, que não dizia respeito aos reclamantes –, mas concediam *habeas corpus* de ofício em face da superveniência da Súmula vinculante n. 26, que reconhecia a inconstitucionalidade do art. 2.º da Lei 8072/90.

A discussão sobre a sobrevivência ou não da CF 52 X ainda permanece viva, pois o STF não declarou inconstitucional esse dispositivo constitucional e as discussões na Reclamação 4335 caracterizam-se como *obter dicta*, isto é, não foram alcançadas pela coisa julgada existente na referida reclamação.

---

<sup>136</sup> Em sentido contrário, entendendo que a CF 52 X é letra morta, porque a remessa do acórdão proferido em controle concreto de constitucionalidade ao Senado constituiria mera formalidade de publicidade da decisão, os votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Rcl 4335-AC. A reclamação foi conhecida e julgada precedente (STF, Pleno, Rcl 4335-AC, rel. Min. Gilmar Mendes, vencidos os Mins. Sepúlveda Pertence, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio que não conheceram da reclamação, mas concederam *habeas corpus* de ofício, j. 21.3.2014, m.v., DJUE div. 21.10.2014, publ. 21.10.2014).

### 3. Controle de constitucionalidade concentrado (abstrato)

É feito pelo STF em ADIn. O *objeto* do processo, vale dizer, o *pedido*, na ADIn é a declaração de inconstitucionalidade, razão pela qual a decisão do STF faz, sobre a questão da inconstitucionalidade, coisa julgada material (CPC 502 e 504), com eficácia *erga omnes* (CF 102 § 2.º). A decisão que reconhece a inconstitucionalidade da lei tem, ordinariamente, eficácia *ex tunc*, retroagindo para atingir a lei no nascedouro.

### 4. Controle de constitucionalidade difuso (concreto)

É feito pelo STF em RE (CF 102 III) e a inconstitucionalidade da lei não é o *mérito* da ação, isto é, não é a *lide*, o *pedido*, o *objeto* do processo. Por isso é decidida pelo STF *incidenter tantum* e não faz coisa julgada material nem para as partes entre as quais foi proferida (CPC 506). Não pode tornar-se imutável e indiscutível porque não abrangida pela autoridade da coisa julgada. A decisão do STF não pode *revogar a lei* por ele declarada inconstitucional, *incidenter tantum*, em processo subjetivo particular. Em razão da *inexistência de coisa julgada* sobre a questão da inconstitucionalidade da lei declarada pelo STF, é necessário que a Corte Suprema envie o acórdão respectivo ao Senado para que possa ser feito o *controle político* dessa decisão.

Caso o Senado entenda ser hipótese de tornar a lei sem efeito, emitirá resolução *suspendendo a eficácia da lei* no território nacional. Suspender a eficácia é situação equiparável à revogação da lei: produz efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir da vigência da resolução.

Se, até o momento em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade da lei no controle difuso, a lei era vigente e válida, *a decisão no caso concreto não pode ser equiparada à decisão tomada em sede de controle concentrado*.<sup>137</sup> A proposta do ministro Gilmar Mendes, relator da Reclamação 4335, é de que se estaria a fazer uma espécie de *objetivação do recurso extraordinário*, carece de autorização da Constituição Federal, *maxima venia concessa*. A Carta Política mantém dois regimes jurídicos distintos para a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: a) o controle abstrato ou concentrado, que se faz por meio de ADIn e ADC; b) o controle concreto ou difuso, que se faz mediante recurso extraordinário. O alvitre do ministro Gilmar Mendes, é de reduzir esses dois regimes jurídicos, francamente adotamos pela Constituição Federal, em um **mesmo** e **único** regime, transformando o controle concreto ou difuso em controle abstrato e concentrado! Com o devido respeito, essa proposição só pode ser entendida como sendo *de constitutione ferenda*, isto é, *de iure condendo*, nunca *de constitutione lata*, *de iure condito*!

O ministro Gilmar Mendes foi o autor intelectual da ideia apresentada pelo então deputado Roberto Campos, quando dirigiu ao parlamento o Projeto de Emenda Constitucional n. 130/1992. Essa PEC previa, no seu artigo 1.º, a supressão do inciso X do artigo 52. No entanto, essa PEC, ao ser incorporada posteriormente à PEC 48/1991, foi transfor-

---

137 Lênio Luiz STRECK. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, n. 10.2.2, p. 480-481.

mada na Emenda Constitucional 3/1993 que eliminou essa proposta, ou seja, o Congresso Nacional insistiu em manter essa prerrogativa constitucional do Senado Federal, que está no sistema constitucional brasileiro desde a Constituição Federal de 1934.

Somente ao Senado cabe “revogar” a lei, suspendendo-lhe a execução (CF 2.º e 52 X), com eficácia apenas para o futuro (*ex nunc*). O STF pode anular a lei somente nos casos de controle concentrado e abstrato (ADIn), em decisão com efeito retroativo (*ex tunc*).

Os sistemas dos controles abstrato e concreto são diferentes e encontram-se de acordo com o devido processo legal. Modificá-los para que sejam unificados é negar vigência à CF 2.º e 52 X, bem como ao CPC 502, 503, 504 e 506, ainda que a pretensão de mutação constitucional, cujo conteúdo, essência e limites não autorizam a conclusão nela baseada. O *Verfassungsstaat* não admite decisionismo.

## 5. Função do Senado

O Senado tem o *controle político* da decisão do STF proferida em sede de controle concreto de constitucionalidade de lei. Sua atribuição é examinar a decisão do STF e emitir ou não resolução suspendendo a execução da lei. Não se trata de atividade meramente formal, de simples “publicação” do acórdão do STF. Fosse isso, não seria necessária a remessa do acórdão ao Senado, mas simples publicação da decisão do STF no órgão da imprensa oficial para que a decisão de inconstitucionalidade pudesse produzir eficácia *erga omnes*.

Em sentido contrário é o entendimento da doutrina preconizada pelos eminentes juristas Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, que pedimos licença para transcrever:

“Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. Parece evidente ser essa a orientação implícita nas diversas decisões judiciais e legislativas acima referidas. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como o reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (Constituição austríaca, art. 140, 5, publicação a cargo do Chanceler federal, e Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã, art. 31,

2, publicação a cargo do Ministro da Justiça). A não-publicação não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia. Essa solução resolve de forma superior uma das tormentosas questões da nossa jurisdição constitucional. Superam-se assim, também as incongruências cada vez maiores, entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a orientação dominante na legislação processual, de um lado, e, de outro, a visão doutrinária ortodoxa e – permita-nos dizer – ultrapassada do disposto no art. 52, X, da Constituição de 1988”<sup>138</sup>.

Expondo o mesmo entendimento é a opinião de Luís Roberto Barroso: “A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional quando de sua instituição em 1934, já não há mais lógica razoável em sua manutenção. Também não parece razoável e lógica, com a vênia devida aos ilustres autores que professam entendimento diverso, a negativa de efeitos retroativos à decisão plenária do Supremo Tribunal Federal que reconheça a inconstitucionalidade de uma lei. Seria uma demasia, uma violação ao princípio da economia processual, obrigar um dos legitimados do art. 103 a propor ação direta para produzir uma decisão que já se sabe qual é!”<sup>139</sup>

Com a devida *venia*, não se pode comparar o sistema austríaco e alemão, países que têm cortes constitucionais que não são órgãos do Poder Judiciário – com formação completamente diferente da formação do nosso Supremo Tribunal Federal, que não é corte constitucional, mas órgão do Poder Judiciário (CF 92) –, com o nosso sistema híbrido de controle de constitucionalidade, que pode ser feito em abstrato (processo *objetivo*) e em concreto (processo *subjetivo*).

Da mesma forma, não se pode dizer ser anacronismo a manutenção da CF 52 X porque a decisão do STF deveria ter o mesmo alcance, seja no controle concreto, seja no abstrato, porque existem dois sistemas, que são diferentes. O que é diferente não pode ter o mesmo tratamento jurídico, *maxima venia concessa*.

---

138 Gilmar Ferreira MENDES, Inocêncio Mártires COELHO e Paulo Gustavo Gonet BRANCO. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, Cap. III, 3.5.3, p. 1090.

139 Luís Roberto BARROSO. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, Cap. II, II.3, p. 111.

Fala-se em obsolescência da CF 52 X em face da superveniente hipertrofia do controle abstrato de constitucionalidade.<sup>140</sup>

É verdade que com a inclusão do art. 103-A na CF por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, criando-se a súmula vinculante do STF, abriu-se a oportunidade para que o STF transforme decisão em controle de constitucionalidade difuso, no caso concreto – recurso extraordinário – em súmula vinculante, fazendo com que a eficácia dessa decisão singular, subjetiva e no caso concreto, possa irradiar-se por toda a sociedade pelo efeito *erga omnes* da súmula vinculante.

Isso não significa, contudo, que se subtraiu do Senado Federal a competência que tem desde a CF de 1934 e que se encontra reafirmada na CF 52 X.

Ademais, ainda que se possa afirmar que a decisão em RE, no controle concreto de constitucionalidade, não será modificada em futuro e eventual controle abstrato do mesmo texto normativo, por meio de ADIn, a decisão em futura ADIn pode não ser a mesma, em vista da a) possibilidade de serem arguidos novos fundamentos e de b) haver modificação na composição da Corte, para citar dois exemplos.

O Senado Federal, portanto, não está obrigado a suspender a execução da lei declarada, no caso concreto, inconstitucional pelo STF, podendo exercer o controle político daquela decisão judicial.<sup>141</sup> Ambos os controles de constitucionalidade difuso da lei ou de texto normativo – *jurídico* do STF e *político* do Senado – convivem harmonicamente.<sup>142</sup>

Entender-se o contrário, como afirma o eminente ministro do STF Mário Guimarães, “seria conferir a essa Câmara função secundária. E seria dar ao Supremo Tribunal poder de revogar a lei. Parece-nos que têm ambos, Tribunal e Senado, atribuições distintas, que hão de ser exercidas com igual independência. O Tribunal, com absoluta soberania, fixa a inconstitucionalidade da lei, num caso dado. O Senado, com a mesma liberdade, estende ou não para o futuro os efeitos desse pronunciamento”.<sup>143</sup>

---

140 Gilmar Ferreira MENDES e Paulo Gustavo Gonet BRANCO. *Curso de direito constitucional*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, Cap. 10, III, n. 3.4.1, p. 1091.

141 Neste sentido: Paulo BROSSARD DE SOUZA PINTO. *O Senado e as leis inconstitucionais*, Revista de Informação Legislativa, v. 50, p. 55; MARIO GUIMARÃES. *O juiz e a função jurisdicional*, Rio de Janeiro: Forense, 1958, n. 164, p. 264/265; Paulo Napoleão Nelson Basile NOGUEIRA DA SILVA. *A evolução do controle da constitucionalidade e a competência do Senado*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 75 ss. Em sentido contrário, dizendo estar obrigado o Senado a suspender a execução da lei: Alfredo BUZAID. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1958, p. 89; Francisco Cavalcanti PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição 1967*, t. II, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1967, p. 283-284.

142 Voto do Min. Ricardo Lewandowski na Reclamação 4335-AC, STF, Pleno, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.3.2014, DJUE n. 208, div. 21.10.2014, publ. 22.10.2014.

143 Mário GUIMARÃES. *O juiz e a função jurisdicional*, Rio de Janeiro: Forense, 1958, n. 164, p. 265.

## 6. Distinção entre os sistemas do controle difuso e concentrado da constitucionalidade de lei e ato normativo pelo STF

A decisão dos ministros Eros Grau e Gilmar Ferreira Mendes, de desconsiderar a aplicação da CF 52 X, atribuindo ao Senado a tarefa mecânica de dar mera publicidade à decisão proferida pelo STF em controle concreto e difuso de constitucionalidade (por meio de RE), unifica dois regimes jurídicos distintos, existentes para o sistema difuso e o concentrado de constitucionalidade, contrariando texto expresso da CF. Esse posicionamento possui caráter decisionista, que nega vigência a texto expresso da CF.<sup>144</sup>

A vingar esse posicionamento estar-se-ia violando texto expresso da CF 52 X e, nesse caso, nem se trata de confundir texto e norma, porque, ainda que esta não se confunda com aquele (teor literal), ainda assim, deverá ser de qualquer modo ainda compatível com o texto da norma.<sup>145</sup>

No mesmo sentido manifesta-se Canotilho que, ao dissertar sobre a mutação constitucional, afirma que esta encontra limite no texto expresso da CF. Assim, sobre as decisões do Tribunal Constitucional, “uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*Normprogramm*), e outra coisa é legitimar-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional*, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional”<sup>146</sup>.

Os argumentos de que teria havido *mutação constitucional* da CF 52 X, dada sua obsolescência, não podem ser acolhidos. Alteração do texto da Constituição só pode ocorrer por emenda constitucional; mutação constitucional só pode ocorrer sem mudança e sem que se ignore o texto da Constituição. É o que veremos a seguir.

## 7. Alteração da Constituição

A Constituição é organismo vivo, sempre em movimento submetido à dinâmica da realidade, que não é captada através de fórmulas fixas. Altera-se para acompanhar a realidade. As alterações constitucionais podem operar-se pela a) *modificação constitucional (reforma)* e pela b) *mutação constitucional*. A reforma constitucional divide-se em *formal* e *material*. A reforma de caráter *formal* é a técnica de modificar-se o *texto* da Constituição. A reforma constitucional em sentido *material* é o resultado do procedimento de emenda à Constituição.

---

144 Sobre decisionismo, v. Carl SCHMITT. *Verfassungslehre*, 9ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2003, § 3.º II, p. 23 ss.

145 Friedrich MÜLLER. *Métodos de trabalho no direito constitucional*, 3ª ed., Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2005, III, 2, a, p. 64; Friedrich MÜLLER e Ralph CHRISTENSEN. *Juristische Methodik*, v. I (*Grundlagen – Öffentliches Recht*), 9ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 2004, Cap. 3, 312, 313, p. 167-234.

146 José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 1229.



Na *mutação constitucional*, por sua vez, se produz uma transformação na realidade da configuração do poder político, da estrutura social ou do equilíbrio de interesses, sem que essa transformação tenha sido operada no texto constitucional que permanece intacto.<sup>147</sup> Em outras palavras, a reforma constitucional consiste na modificação dos textos constitucionais mediante ações voluntárias, intencionadas, enquanto que a mutação constitucional deixa incólume seu texto sem alterá-lo formalmente. A mutação constitucional se produz por fato não acompanhado pela intenção ou consciência da mutação.<sup>148</sup>

## 8. Poder constituinte originário.

É o poder outorgado para a criação ou a reforma da Constituição. Pode ser *originário* ou *derivado* (*reformador*). O *poder constituinte originário* é outorgado pelo povo, detentor do poder, à assembleia constituinte, para que possa criar a Constituição, anulando a ordem constitucional anterior. Falamos em criação porque o poder constituinte originário elabora uma *nova Constituição* que substitui a anterior. Esse poder originário pode ocorrer em situação de revolução, de modificação ou evolução pacífica do pacto social, como ocorreu no Brasil em 1988.

O poder constituinte originário é *inicial*, independe de intervenção de qualquer dos poderes constituídos, porque decorre da soberania popular; é *ilimitado* do ponto de vista material, porque pode alterar a ordem jurídica estabelecida criando novos direitos e obrigações, sem subordinar-se a regra superior; é *incondicionado* do ponto de vista formal, “na medida em que não possui mecanismo prefixado de manifestação, embora seja evidente a definição de critérios racionais e operacionais visando o processamento da elaboração da Constituição (em formas de Regimento, por exemplo)”.<sup>149</sup>

## 9. Poder constituinte derivado (reformador)

O *poder constituinte derivado*, ou *reformador*, é o conferido ao Poder Legislativo para modificar o texto da Constituição por intermédio de emenda constitucional. O constituinte originário pode impor certos limites ao constituinte derivado, que só pode emendar o texto constitucional em certas circunstâncias e não pode modificá-lo em situações deter-

---

147 Karl LOEWENSTEIN. *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin: Walter de Gruyter, 1961, p. 14; Konrad HESSE. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg: Verlag C.F. Müller, 1999, § 1.º, p. 15-16; Konrad HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: SAFE, 1998, § 1º, n. 39 e 40, p. 46-47.

148 Georg JELLINEK. *Reforma y mutación de la Constitución*. Trad. de Pablo Lucas VERDÚ e Christian FÖSTER. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 7; Georg JELLINEK. *Allgemeine Staatslehre*. 3ª ed. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1960, p. 534-539. No mesmo sentido: Anna Cândida da CUNHA FERRAZ. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 9.

149 José Carlos FRANCISCO. *Emendas constitucionais e limites flexíveis*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, n. 2.4.6.1, p. 69.

minadas (cláusulas pétreas). Por isso é que o poder constituinte derivado não é inicial e não é autônomo materialmente, pois foi outorgado pelo poder constituinte originário, que pode lhe impor limites de atuação. A modificação das cláusulas pétreas constitucionais (v.g., CF 60 § 4.º) pode ser feita mediante consulta ao detentor do poder – o *povo* –, por meio de plebiscito ou referendo.

## 10. Poder constituinte derivado. Limites

Há três correntes principais sobre a natureza, objeto e limites do poder constituinte derivado: a) *limites materiais*; b) *inexistência de limites materiais*; c) *limites materiais relativos*.

Para a corrente dos *limites materiais*, o constituinte reformador não pode ir além da fronteira criada pelo poder constituinte originário a ponto de fazer uma nova Constituição, pois a legitimidade de atuação do reformador foi outorgada pelo constituinte originário.

Para a corrente que defende a *inexistência de limites materiais* para o poder constituinte derivado, ele decorreria, igualmente, da soberania popular, ainda que por intermédio de representação dos parlamentares, razão por que o poder reformador seria ilimitado.

Para a corrente que propugna pela existência de *limites materiais relativos* impostos pelo constituinte originário ao constituinte derivado, a Constituição tem o atributo da durabilidade, mas não o da eternidade, de modo que seria possível modificá-la mediante manifestações pontuais, como por plebiscito ou referendo, além das emendas constitucionais ordinárias realizadas pelo parlamento. Essa terceira corrente tem como consequência a adoção da divisão tricotômica do Poder Constituinte, que, além do *originário* e do *derivado*, poderia ser, ainda, *reformador*.<sup>150</sup>

## 11. Reforma constitucional tácita

A reforma constitucional tácita (*stillschweigende Verfassungsänderung*) pressupõe, sempre, emenda do *texto* constitucional.<sup>151</sup> Isso pode ocorrer quando a reforma do texto da Constituição não indica com precisão ou clareza o que realmente foi alterado, ou, ainda, a reforma indica o texto alterado, que, todavia, pode estar em desacordo com outra norma ou preceito constitucional. Essa *quebra* da Constituição (*Verfassungsdurchbrechung*) não se confunde com a *fraude* à Constituição, que é a reforma constitucional inconstitucional, isto é, violação frontal e manifesta da Constituição.<sup>152</sup>

---

150 Gilmar Ferreira MENDES. *Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade. Possibilidade jurídica de sua superação*, AJuris 60/250.

151 Karl LOEWENSTEIN. *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin: Walter de Gruyter, 1961, VI, p. 39.

152 Anna Cândida da CUNHA FERAZ. *Processos informais de mudança da Constituição*, São Paulo: Mex Limonad, 1986, p. 238). V. Horst HEMKE. *Verfassungsänderung und Verfassungsdurchbrechung* [AöR 79 (1953-1954), p. 395 ss.]

A *mutação constitucional* implica sempre alteração do conteúdo da norma constitucional sem modificação do texto, ao passo que a *quebra da Constituição* pressupõe alteração do texto, mediante emenda constitucional.<sup>153</sup>

A doutrina alemã discute a respeito das técnicas de modificação da Constituição, notadamente entre a mutação constitucional e a *Verfassungsdurchbrechung*, apontando mecanismos de superação da dificuldade de obter-se o *quorum* qualificado no parlamento para a emenda formal da Constituição, pela utilização da *Verfassungswandlung* em situações justificáveis.

A distinção entre os dois institutos, portanto, é nítida e com regimes jurídicos diferentes.<sup>154</sup>

## 12. Mutação constitucional. Conceito

Mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) é a modificação que ocorre na Constituição, sem alteração de texto, em virtude de interpretação legislativa, administrativa e jurisdicional, bem como por práticas, usos e costumes.<sup>155</sup>

A mutação é processo natural de interpretação constitucional. A modificação forçada não se caracteriza como mutação constitucional, mas sim como ruptura do sistema. Além dessas formas, indica-se a *necessidade política* (*necessitas*) como causa ensejadora de mutação constitucional, porque essa necessidade, segundo Modestino (*omne ius aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmitiv consuetudo*), tem poder de criar o direito e atua tanto em tempo de momentos cruciais da história dos Estados (revoluções) como em tempo de paz.<sup>156</sup>

Deve-se ao chinês Hsü Dau-Lin o estudo mais elaborado acerca da mutação constitucional, sistematizando-a. Para esse autor, a mutação constitucional seria a contraposição produzida em diversas Constituições escritas com a situação jurídica real.

---

153 Ulrich HUFELD. *Die Verfassungsdurchbrechung (Rechtsproblem der Deutschen Einheit und der europäischen Einigung. Ein Beitrag zur Dogmatik der Verfassungsänderung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997, I, II, 3, p. 28-29.

154 Sobre a distinção entre *mutação* e *quebra* da Constituição e a utilização das duas figuras: Konrad HESSE. *Grenzen der Verfassungswandlung*, in *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1973, p. 123 ss.; Peter LERCHE. *Stiller Verfassungswandel als aktuelles Politikum*, in *Festgabe für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag am 1. September 1971*, München: Beck, 1971, p. 292; Ulrich HUFELD. *Die Verfassungsdurchbrechung (Rechtsproblem der Deutschen Einheit und der europäischen Einigung. Ein Beitrag zur Dogmatik der Verfassungsänderung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997, I, II, 3, p. 28-29.

155 Georg JELLINEK. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlin: Verlag O. Häring, 1906, p. 8-21.

156 Georg JELLINEK. *Reforma y mutación de la Constitución*, tradução de Pablo Lucas VERDÚ e Christian FÖRSTER. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 8-21, opinião que recebeu crítica de Hsü DAU-LIN. *Die Verfassungswandlung*, Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter, 1932, p. 55 ss., 99 e 113; Hsü DAU-LIN. *Mutación de la constitución*, tradução de Pablo Lucas VERDÚ e de Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 63 ss., 107 e 120.

Quando existe congruência entre o texto normativo constitucional e a realidade, duas hipóteses se apresentam. A primeira consiste em a realidade seguir a norma, configurando a validade normal do direito constitucional. A segunda consiste na norma seguindo a realidade, configurando reforma da Constituição. A mutação constitucional caracteriza uma incongruência entre as normas constitucionais, por um lado, e a realidade constitucional de outro.

Trata-se, pois, de uma situação entre a Constituição escrita e a realidade constitucional. A mutação constitucional, para Hsü Dau-Lin, ocorre onde há Constituição escrita. Assim, esse fenômeno não se produz na Inglaterra porque lá a vida estatal é a própria Constituição<sup>157</sup> A autorização para que se faça mutação constitucional por meio de nova interpretação jurisdicional do texto constitucional somente pode ocorrer se “no alcance da norma constitucional aparecerem fatos novos que não foram previstos anteriormente, ou se os antigos fatos já conhecidos se apresentarem no desenvolvimento de sua organização, em uma nova relação ou em um novo significado”.<sup>158</sup>

### 13. Mutação constitucional. Espécies

Existem quatro classes de mutação constitucional: a) mediante prática estatal que não viola formalmente a Constituição, caso de *realidade sem norma*; b) por meio da impossibilidade de exercer certos direitos estatuídos constitucionalmente, caso de *norma sem realidade*; c) mediante prática estatal contraditória com a Constituição, caso de *realidade contrária à norma*; d) mutação da Constituição através de sua *interpretação*, caso em que a *realidade distorce (tergiversa) a norma*, isto é, a *reinterpreta*.<sup>159</sup>

A mutação constitucional é necessária para a realidade estatal porque busca a congruência entre as normas constitucionais e a realidade constitucional. Desse modo, é permitida pela teleologia constitucional, razão pela qual a mutação constitucional não configura quebra da Constituição, nem simples regra convencional, senão direito. É direito ainda que não concorde com o texto da lei, é direito ainda que não possa compreender-se

---

157 Pablo Lucas VERDÚ. *Prefácio in Hsü DAU-LIN. Mutación de la constitución*, tradução de Pablo Lucas VERDÚ e de Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 9.

158 BVerfGE 2, 380 [401]. No mesmo sentido, em estudo sobre os limites da mutação constitucional: Konrad HESSE. *Grenzen der Verfassungswandlung*, in *Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1973, p. 123-124. *Transição constitucional* é sinônimo de mutação constitucional (José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, p. 1228; Jorge MIRANDA. *Manual de direito constitucional*, v. II, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, n. 36, p. 130 ss., e n. 37, p. 139). V. Josef ISENSEE, Paul KIRCHHOF, Peter BADURA. *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. VII (*Die Einheit Deutschlands. Entwicklung und Grundlagen*), Heidelberg: C.F. Müller, 1995, § 160, ns. 13-15, p. 63-65.

159 Hsü DAU-LIN. *Die Verfassungswandlung, Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter, 1932*, p. 20-21; Hsü DAU-LIN. *Mutación de la constitución*, tradução de Pablo Lucas VERDÚ e de Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 31-32.

e entender-se mediante conceitos e construções jurídicas formais. Seu funcionamento jurídico se encontra na singularidade valorativa do direito constitucional, na chamada necessidade política, nas exigências e expressões da vitalidade que se realizam ao desenvolver-se o Estado.<sup>160</sup>

A mutação constitucional é importante processo jurídico para a harmonização entre texto e realidade constitucional, mas que, dentro do Estado Constitucional (Democrático de Direito), comporta limites, independentemente do órgão que a realize. Não pode haver mutação constitucional tácita, mas apenas *reforma* constitucional tácita, que sempre ocorre pela metainterpretação de emenda constitucional.<sup>161</sup>

#### 14. Mutação constitucional. Limites (I)

Hodiernamente, a mutação constitucional deve ser entendida como adaptação interpretativa entre o texto constitucional e a realidade a ser operada principalmente pelos Tribunais Constitucionais. Contudo, a mutação possui limites, a fim de evitar decisionismos e arbitrariedades, e ultrapassar esses limites implica violação do poder constituinte e da soberania popular.<sup>162</sup>

O texto constitucional, ou seja, o teor literal da CF demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, isto é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis. Decisões que passam claramente por cima do teor literal da CF não são admissíveis.<sup>163</sup>

O programa da norma (*Normprogramm* – teor literal) é o limite para a mutação constitucional. A interpretação a ser produzida precisa ser comportada pelo programa normativo, pelo texto constitucional. Do contrário, a interpretação será arbitrária e decisionista, por que contrária a texto expresso da Constituição.

Essa hipótese teria respaldo na teoria de Carl Schmitt, que distingue leis constitucionais (*Konstitutionen*) de Constituição (*Verfassung*). Esta última, para Schmitt, seria produto da decisão política do titular do poder constituinte, assim para, supostamente, preservar-se a Constituição. Dessa forma, seriam toleráveis decisões contrárias ao texto constitucional (lei constitucional).<sup>164</sup>

---

160 Hsü DAU-LIN. *Die Verfassungswandlung, Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter, 1932*, p. 164; Hsü DAU-LIN. *Mutación de la constitución*, tradução de Pablo Lucas VERDÚ e de Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 166. Para crítica à teoria de Dau Lin, v. Horst EHMKE. *Grenzen der Verfassungsänderung, Berlin: Duncker & Humblot, 1953*, I, A, n. 2, p. 62-65.

161 Karl LOEWENSTEIN. *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin: Walter de Gruyter, 1961, VI, p. 39.

162 Luís Roberto BARROSO. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

163 Friedrich MÜLLER. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, III 2ª, p. 64.

164 Carl SCHMITT. *Verfassungslehre*, 9ª ed., Berlin: Duncker & Humbot, 2003, § 3.º, p. 20-27). Explicando o conceito de Schmitt, v. Klaus STERN. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Madrid: Centro

Assim, é o *texto constitucional*, o seu *teor literal*, que institui o âmbito de alteração que pode sofrer a interpretação constitucional. Contudo, essa *mutação nunca pode contrariar o programa normativo*. “Uma coisa é admitirem-se alterações do âmbito ou esfera da norma que ainda se podem considerar susceptíveis de serem abrangidas pelo programa normativo (*Normprogramm*), e outra coisa é legitimarem-se alterações constitucionais que se traduzem na existência de uma *realidade constitucional inconstitucional*, ou seja, alterações manifestamente inoportáveis pelo programa da norma constitucional”<sup>165</sup>.

## 15. Mutação constitucional. Limites (II)

A limitação da mutação constitucional tem a ver com a atividade da jurisdição constitucional, razão pela qual cabe ao STF cumprir a *letra expressa* da Constituição na tarefa de interpretar, nos limites dos poderes e das funções da Constituição escrita: “*Damit werden durch das Normprogramm (und im Fall methodologischer Konflikte durch die Normtexte) Grenzen des Verfassungswandels gezogen, die der Stabilisierung, Rationalisierung und Machtbegrenzung als wesentlichen Funktionen einer geschriebenen Verfassung dienen. Zu Recht wird hervorgehoben, daß dieser Ansatz im Detail Meinungsunterschiede, vor allem bei der Analyse des Normbereichs, nicht ausschließt; daß aber, ‘die Beliebigkeit der Berufung auf einen Verfassungswandel zumindest wesentlich eingeschränkt wird’, weil das Verfahren der strukturierenden Normtheorie und Methodik an rechtsstaatlich und wissenschaftlich zu belegenden Argumenten mehr voraussetzt, ‘als einen allgemeinen Rekurs auf die, normative Kraft des Faktischen oder auf die Lebensnotwendigkeit des Staates’*” (Com isso se traçam os limites da mutação constitucional por intermédio do programa da norma e [em caso de conflitos metodológicos, através dos textos da norma]. Esses limites da mutação constitucional servem para a estabilização, racionalização e delimitação dos poderes e das funções essenciais da Constituição escrita. Deve-se salientar que pode haver opiniões distintas a respeito deste postulado, principalmente no que se refere à análise da abrangência da norma, mas a discricionariedade da pretensão a uma mutação constitucional ficará essencialmente limitada. Isso porque o procedimento da teoria da norma e metódica estrutural requer mais argumentos jurídicos e científicos do que um recurso comum que reclama

---

de Estudios Constitucionales, 1987, Sección II, n. 2, p. 204 ss. Hsü Dau-Lin também identifica de maneira vaga os limites à mutação constitucional (Hsü DAU-LIN. *Die Verfassungswandlung*, Berlin-Leipzig: Walter de Gruyter, 1932, p. 175 ss.; Hsü DAU-LIN. *Mutación de la constitución*, tradução de Pablo Lucas VERDÚ e Christian FORSTER, Oñati : IVAP-Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 177 ss.). Sobre o tema v. Horst EHMKE. *Grenzen der Verfassungsänderung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1953, *passim*.

165 José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, Parte IV, Cap. 4, G, I, 1, p. 1229). No mesmo sentido, também contrário à mutação constitucional *contra constitutionem*: Konrad HESSE. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1999, § 1.º, p. 18-19; Konrad HESSE. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, Porto Alegre: SAFE, 1998, § 1.º, ns. 46-47, p. 50-52; Konrad HESSE. *Grenzen der Verfassungswandlung* *in* *Festschrift für Ulrich Scheuner*, Berlin: Duncker & Humblot, 1973, p. 123-141.

a força normativa dos fatos ou a essencialidade do Estado).<sup>166</sup>

Por *texto expreso da Constituição* deve entender-se não apenas a letra da norma escrita, vale dizer, o “teor literal reconhecível e compreensível pelo destinatário”,<sup>167</sup> mas sim *o programa da norma integralmente elaborado*, porque a “*fundamentação da concretização ainda admissível no quadro de uma democracia ou de um Estado de Direito situa-se em todo o processo de trabalho apresentado na sua íntegra e com honestidade e denominado ‘concretização’*”. Isso pôde ser mostrado também no exemplo supracitado de uma reeleição do presidente brasileiro para o mandato imediatamente subsequente ao seu mandato atual. Embora o art. 82 da Constituição brasileira esteja formulado de forma especialmente nítida como prescrição de organização e de forma e embora pudéssemos cair na tentação de satisfazer-nos aqui com o teor literal sem mediação, só o *conjunto dos elementos de concretização* – que além disso devem ser ponderados entre si no tocante ao seu estatuto metodológico –, quer dizer, só o *limite do programa da norma* pode dar suporte a um resultado convincente. Isso vale até para os textos de norma relativamente mais simples, para os textos de normas numericamente determinados”.<sup>168</sup>

## 16. Mutação constitucional e direito consuetudinário

Não pode haver mutação constitucional em virtude do direito consuetudinário.<sup>169</sup>

## 17. Mutação constitucional e os direitos fundamentais

Podem haver mutação constitucional em favor dos direitos fundamentais. Por contrariar o princípio constitucional da proibição de retrocesso, é inadmissível no sistema brasileiro mutação constitucional em detrimento de direitos fundamentais.

---

166 Friedrich MÜLLER. *Strukturierte Rechtslehre*, 2ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1994, n. XV, 3, C, p.

364. No sentido de que o STF, na aplicação da mutação constitucional, não pode substituir o *texto* da Constituição por *outro texto*: Lenio Luiz STRECK, Marcelo Andrade CATTONI DE OLIVEIRA e Martonio Mont’Alverne BARRETO LIMA. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*, <www.evocati.com.br>.

167 BVerfGE 85, 69; BVerfGE 87, 209.

168 Friedrich MÜLLER. *O novo paradigma do direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, n. 7, p. 157-158. Sobre a *teoria estruturante* de Müller v. Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Constituição Federal Comentada*, 5ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2014, coment. 8 CF 1.º.

169 Christian TOMUSCHAT. *Verfassungsgewohnheitsrecht?: Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: Universitätsverlag Winter, 1972, n. 13, p. 149 ss.; Konrad HESSE. *Grenzen der Verfassungswandlung*, in *Festschrift für Ulrich Scheuner*, Berlin: Duncker & Humblot, 1973, n. IV, p. 136 (nota n. 58); Hermann VON MANGOLDT, Friedrich KLEIN, Christian STARCK, Karl E. HAIN. *Bonner Grundgesetz*, v. 2, 5ª ed., München: Verlag Franz Vahlen, 2005, coment. 14 GG 79, p. 2176.

## 18. Mutação constitucional e o STF

A CF 102 *caput* atribui ao STF função de magna importância de *guardião da Constituição*. Isso quer significar, também, que, ao utilizar-se do instituto da mutação constitucional, o STF deverá observar os limites desse instituto, para submeter sua própria atividade ao que vem determinado de forma expressa pela *Lex Legum*.

A mutação constitucional é procedimento natural, que se verifica em razão da evolução da sociedade, de modo a exigir nova *interpretação* do pacto constitucional, que não se altera com a mutação. A modificação do *texto escrito* da CF deve ser empreendida por emenda formal, em processo legislativo perante o Congresso Nacional, que é maneira de renovação explícita do pacto constitucional, com legitimidade, no *Verfassungsstaat* (Estado Constitucional). Isso significa a *impossibilidade de decidir-se contra texto expresso da Constituição*, utilizando-se do instituto da mutação.

Admitir a possibilidade de alteração do texto escrito e expresso da CF por mutação constitucional seria conferir ao STF poder para emendar a CF, o que significaria ressuscitar a tese schmittiana de distinguir o a) texto constitucional da b) Constituição. Essa afirmação, de possibilidade de atuação *ilimitada* do STF na mutação constitucional, na prática, importaria em considerar que a Constituição seria aquilo que o STF diz que é, afrontando a divisão de poderes, atitude marcadamente contrária ao papel que deve ser desempenhado pela jurisdição constitucional no Estado Constitucional (Democrático de Direito). Esse papel consiste na racionalização do controle estatal e social e na proteção da Constituição que, no Estado Constitucional, não é apenas a *Constituição do Estado*, uma vez que ela passa a estruturar juntamente com o espaço público o espaço privado, constituindo assim a *sociedade*. Da mesma forma que o Legislativo e o Executivo, o STF também possui limites em sua atuação e não lhe é legítimo assenhorear-se da CF, da qual deve ser súdito, proferindo decisões contrárias a seu texto expresso. O STF encontra-se submetido à CF, de modo que necessita de parâmetros, os mais claros possíveis, para que possa responder se houve ou não mutação constitucional. Se faltam esses parâmetros, não se pode, em princípio, distinguir entre atos constitucionais e inconstitucionais, porque a afirmação, sempre possível, da existência de mutação constitucional, não pode provar-se nem refutar-se.<sup>170</sup>

## 19. Controle difuso de constitucionalidade, o STF e o Senado (I)

Caso o STF venha a admitir a tese da desnecessidade de o Senado emitir resolução para retirar a eficácia da lei considerada inconstitucional, em controle concreto, pelo STF, ocorreria violação do núcleo da Lei de Schumann (*Schumannschen Formel*), que consiste na circunstância de que nenhum tribunal pode tomar por base para sua decisão uma regra que nem sequer o legislador poderia ordenar.<sup>171</sup>

---

170 Konrad Hesse. *Grenzen der Verfassungswandlung*, in *Festschrift für Ulrich Scheuner*, Berlin: Duncker & Humblot, 1973, n. I, p. 125-126. De outra opinião, Uadi Lammêgo BULOS. *Mutação constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 91, para quem o limite da mutação constitucional seria “a *consciência* do intérprete”.

171 Sobre a Lei de Schumann v. Robert ALEXY. *Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitu-*



Da mesma forma que seria inconstitucional uma norma aprovada pelo Senado que suprimisse a CF 52 X ou tornasse impraticável a edição da resolução de que trata a norma comentada, o STF não pode proferir decisão que contrarie esse mesmo dispositivo constitucional. Afigura-se-nos inadmissível atribuir-se força de lei (*Gesetzeskraft*) às decisões que não a possuam, equiparando-se controle difuso ao controle concentrado de constitucionalidade.

A CF 52 X é instrumento de caráter democrático porque permite a manifestação dos representantes do povo acerca do julgamento da inconstitucionalidade de lei, assim reconhecido pelo STF em caso concreto, que não faz coisa julgada *erga omnes*, nem *inter partes* (CPC 506), porque decidida *incidenter tantum* e não *principaliter*.

No Brasil essa participação do Senado tem grande importância, porque não temos Tribunal Constitucional de modelo europeu, que não seria órgão do Poder Judiciário, mas instituição suprapartidária, que se situa no organograma do Estado ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, formado por pessoas indicadas pelos três poderes, com mandato certo e transitório, vedada a contínua ou posterior recondução.<sup>172</sup>

Por isso, torna-se ainda mais relevante a participação do Senado no controle de constitucionalidade das leis, não podendo ter cerceada sua participação nesse processo, sob pena de violação da CF 1.º *caput*, 2.º e 52 X. Uma Constituição viva exige que a sua interpretação resulte de uma relação dialética entre o legislador e o órgão de controle.<sup>173</sup> O dispositivo da CF 52 X consubstancia a possibilidade de repensarem-se as soluções jurisprudenciais do STF.

## 20. Controle difuso de constitucionalidade, o STF e o Senado (II)

A ideia da infalibilidade do Tribunal Constitucional (STF), uma espécie de *areópago* ou *conselho de sábios*, é repudiada por nossa CF 52 X.<sup>174</sup>

Também não se pode argumentar que a equiparação do controle difuso ao concentrado com a supressão do CF 52 X teria respaldo na vinculação por precedentes do *stare decisis*, porquanto o juiz, nesse regime, possui técnicas para se afastar dos precedentes: o *distinguishing* e o *overruling*.

No “primeiro caso, o juiz intenta evidenciar não só as semelhanças mas também os caracteres específicos que diferenciam a situação em análise; no segundo caso, rejeita

---

*cional e jurisdição especializada*, RT 809/57; Martin DÜWEL. *Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen*. Baden-Baden: Nomos, 2000, Cap. 2, III, 2, p. 65.

172 Nelson NERY JUNIOR. *Princípios do processo na Constituição Federal*, 12ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2016, n. 3, p. 57 ss.

173 Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa: Universidade Católica, 1999, § 36, p. 833.

174 Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*. Lisboa: Universidade Católica, 1999, § 36, p. 835.

a solução precedente por ser susceptível de conduzir a resultados injustos. Em ambos os casos deve fundamentar o seu afastamento da solução que constitui precedente ônus de argumentação”.<sup>175</sup>

Outro risco de se desconsiderar a CF 52 X e, desse modo, equiparar o controle difuso de constitucionalidade ao concentrado, é logo em seguida passar-se a admitir o efeito dúplice neste tipo de controle também, tal qual foi admitido na Rcl 2256-RN.<sup>176</sup>

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes corroborou a ideia de que a ADIn e a ADC seriam ações com o sinal trocado, possuindo caráter dúplice e ambivalente. Se a CF 52 X for desconsiderada, tal qual setores da doutrina e alguns posicionamentos do STF propagam, este seria o primeiro passo para, após proclamar-se a possibilidade de equiparação do controle de constitucionalidade difuso ao concentrado, ou seja, a lei declarada inconstitucional *incidenter tantum* (sem coisa julgada) em RE passaria automaticamente a ter mesmos efeitos de decisão *principaliter* (com coisa julgada, *erga omnes*), isto é, como se a decisão tivesse sido proferida em ADIn, sem a necessidade de o Senado examinar politicamente a decisão, emitindo ou não resolução para suspender a execução da lei no território nacional.

Feito isso, nada impediria o STF de passar a defender a possibilidade de atribuir-se o mesmo entendimento para a decisão que, *incidenter tantum*, decidisse pela constitucionalidade da norma e teríamos assim a possibilidade de o STF proferir, com eficácia *erga omnes* e vinculante, decisões sobre a constitucionalidade de lei sem que tenha sido instaurado um processo objetivo de controle de constitucionalidade.

O STF poderia dessa forma, em sede de RE, ao decidir *incidenter tantum* pela constitucionalidade de determinado dispositivo, atribuir a essa decisão eficácia *erga omnes* e vinculante a todos os demais juízes e tribunais do país, o que acarretaria o ressurgimento do vetusto expediente da advocatária, que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito porque viola o princípio da independência decisória dos juízes (CF 2.º e 99 *caput*; Const. Port. 203).

Também restaria violado o controle difuso de constitucionalidade, que se configura como direito fundamental do cidadão,<sup>177</sup> sem dizer no maior risco de se atribuir efeitos *erga omnes* e vinculantes às decisões que declarem a constitucionalidade de determinado dispositivo legal pelo STF, “cujas decisões não podem ser corrigidas por nenhum outro órgão do Estado – o poder incontrolável de decidir infalivelmente da constitucionalidade da lei, tornando-o num árbitro irresponsável da vida do Estado e em *dono*, em vez de *servo* da Constituição”.<sup>178</sup>

---

175 José LAMEGO. *Hermenêutica e Jurisprudência. Análise de uma recepção*. Lisboa: Fragmentos, 1990, § 3.º, n. 3.5, p. 216.

176 STF, Rcl 2256-RN, voto do Min. Gilmar Mendes, j. 11.9.2003, DJU 30.4.2004, p. 34.

177 José Joaquim Gomes CANOTILHO. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, Tit. 3, Cap. 6, A VII, p. 507.

178 Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa: Universidade Católica, 1999, § 36, p. 837.

O custo disso seria altíssimo, porque, se o STF concluísse de maneira equivocada pela constitucionalidade de determinado texto legal, isso envolveria, inevitavelmente, uma alteração da Constituição. A decisão teria o valor de norma constitucional e só poderia ser corrigida através de revisão formal da Constituição.<sup>179</sup>

Esses são alguns dos riscos de se atribuir eficácia vinculante às decisões do STF que reconhecem a constitucionalidade das normas, bem como ao instituto da súmula vinculante (CF 103-A). Essas formas de decisões, por possuírem caráter geral e *erga omnes* e, por não serem passíveis de revisão por nenhum outro órgão público, passam a conferir ao STF, em determinadas hipóteses, poder normativo maior que o do Senado, atribuindo ao STF *status* de único intérprete da Constituição, quebrando a dialética entre Jurisdição Constitucional (STF) e Legislativo, fundamental para o Estado Democrático de Direito (CF 1.º e 2.º) e a vivência da Constituição.

### 21. Controle difuso de constitucionalidade, o STF e o Senado (III)

A superação da CF 52 X não é manifestação de *mutação constitucional* por duas razões básicas. Primeiro, porque a mutação constitucional é processo de *interpretação natural* da CF, de modo que não pode ser construída de maneira forçada. Há de ser *processo* de mudança de paradigma constitucional (*Legitimation durch Verfahren*) e não o *fundamento* que se pretende utilizar para modificar-se a Constituição. Segundo porque, conforme dissemos acima, o *limite* da mutação constitucional é o próprio *texto* da Constituição. Não se pode fazer tábua rasa do texto da CF 52 X, que ainda se encontra em vigor e só pode ser desconsiderado por expressa mudança formal e material da Constituição, por intermédio do processo de emenda constitucional (CF 60).

O *objeto* do processo de controle *abstrato, concentrado* de constitucionalidade é a declaração, mesma, de inconstitucionalidade.

Por isso é que a decisão do STF em ADIn faz coisa julgada material *erga omnes*, independentemente da coparticipação do Senado nesse procedimento, decisão essa proferida *principaliter*.

O *objeto* do processo de controle *concreto, difuso* de constitucionalidade, não é a declaração da inconstitucionalidade, que será decidida pelo STF apenas *incidenter tantum* e, por isso, não faz coisa julgada material nem para as partes do processo. Esses dois regimes absolutamente distintos hão de ser preservados como estão, sob pena de violar-se o devido processo legal (CF 5.º *caput* e LIV).<sup>180</sup>

---

179 Rui MEDEIROS. *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa: Universidade Católica, 1999, § 36, p. 837.

180 Sobre mutação constitucional, conceito, objeto e limites, v. Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Constituição Federal Comentada e leis constitucionais*, 5ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, coments. CF 60.

# Franco Montoro e a Utopia do Possível – José Renato Nalini

Ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,  
autor de *Ética Geral e Profissional*.  
Professor Permanente do Mestrado em Direito da UNINOVE.

Ninguém escolhe a data de seu nascimento. Em regra, também não escolhe o dia de sua despedida e término da aventura de viver. As poucas décadas reservadas a cada criatura da espécie considerada racional se desenvolvem sob um signo imponderável. A contemporaneidade indica a incerteza como a situação rotineira nesta caminhada. Poucos se dão conta disso, na ingênua e confortável suposição de que detêm as rédeas da existência.

Queiram ou não, provarão a força da incerteza. “A experiência da incerteza é complexa e deve ser entendida como um ponto de bifurcação que pode gerar dois caminhos ou duas posições ético-políticas distintas. No primeiro caminho, a incerteza é vivida como algo perigoso, demasiado grande, que não é possível combater. Ao nos agarrar à certeza do conhecido, encolhemoss nossas vidas – surge o medo, a indiferença e o desencanto. No segundo, a incerteza dá lugar à invenção, fazendo emergir atitudes de engajamento e participação que procuram originar estratégias de construção de um mundo comum”<sup>181</sup>.

André Franco Montoro foi um inventor de novas posturas na política, artífice estimulador de engajamento e participação na contínua busca de edificação de uma forma de viver mais fraterna e racional.

É impressionante a atualidade de seu pensamento, numa fase em que o Brasil parece haver esquecido regras básicas de convívio civilizado e ofereça um espetáculo nem sempre edificante de antagonismos cuja manifestação deixe de observar a polidez e a compostura desejáveis. É recorrente invocar expressão atribuída a Fidel Castro, no sentido de que a polidez não é criação da burguesia, mas da civilização. Quando se a deixa de lado, retrocede-se na escala civilizatória.

Daí a oportuna lembrança de se eternizar, em publicação de pensadores influentes, formadores de opinião, vida e exemplos de um homem público de têmpera e coragem, caracteres dos quais o país sente muita falta e que precisam ser incutidos nas novas gerações, a despeito da parca eficiência de um discurso desacompanhado de exemplos.

Urgente a missão dos brasileiros lúcidos de inventarem nova formatação de convivência. Inventar é próprio do espírito inquieto, indômito e até insensato. Quem analisa,

---

181 KASTRUP, Virgínia, *Educação e Invenção em Tempos de Incerteza*, Publicação da 32ª Bial de São Paulo, sem referências bibliográficas para citação.

planeja, pensa em prós e contras que podem chegar ao infinito, pois ilimitado o campo da cogitação, quase nunca atua. O tempo, implacável, se esvai naquela inexpressiva oportunidade que se confere ao humano para marcar sua presença neste sofrido planeta. É conveniente agarrar-se à onipotência da imaginação criativa. “Múltiplos e variados, os processos de invenção não se restringem à arte, à ciência, à tecnologia e à filosofia, mas fazem parte do cotidiano. As grandes e pequenas invenções permeiam o conhecimento, atravessando subjetividades e domínios cognitivos. A invenção não é um processo psicológico específico, como a percepção, a memória, a linguagem e a aprendizagem. Ela atravessa todos os processos e é a potência que a cognição possui de diferir de si mesma.”<sup>182</sup>

A invenção também não se confunde com a criatividade. Esta se contém na invenção, ao sugerir soluções originais para questões já conhecidas. Inventar é oferecer perspectivas ainda não palmilhadas, encarar de forma diferente mesmo aquilo que se acredita esgotado no discurso. Inventar é fugir aos automatismos perceptivos. É alimentar a convicção de que outro olhar e outra ação possam transformar o que se considera inerte.

Existe um estranhamento em relação ao mundo da política. A muitos repugna a reiteração de condutas que dissuadem a pessoa de boas intenções de ingressar nesse campo minado. O jovem, muito mais antenado e sensível à realidade replicada pela mídia, chega a se enojar e, em seguida, repudiar a atuação no ambiente de governo. Onde reside a causa do distanciamento da mocidade do universo da coisa pública e qual seria a invenção capaz de demovê-la dessa recusa à participação?

O chamamento por vias tradicionais não se mostra eficiente. Há generalizado desalento a impregnar a educação formal. A circuitaria neuronal das gerações do amanhã é digital e não aceita a circuitaria neuronal das gerações atuais, embalsamada no espaço analógico. A percepção da juventude é visual, a nossa é calcada na memória.

Quem é que suporta aulas prelecionadas de cinquenta minutos, proferidas na clássica fórmula da transmissão do conhecimento por aquele que se presume seja o dono da verdade, para um conjunto de pessoas distintas, irrepetíveis, heterogêneas e ávidas por desvendar o mundo mediante outras veredas de aprendizado? Quem é que se conforma em ocupar uma fileira preestabelecida de carteiras escolares, na distribuição física de uma sala de aulas em que o último aluno de cada sequência só enxerga as nucas dos colegas à sua frente? Como assegurar que a atenção se mantenha e a concentração encontre guarida, se hoje a informação é imediatamente capturada nas redes sociais mediante um toque e o acervo de dados está acessível a qualquer utente das atraentes bugigangas eletrônicas?

O problema não é recente. Michel de Montaigne, em seus *Ensaíos*, já observara que nosso ensino coloca no mesmo espaço físico dezenas de seres humanos de famílias e origens diferentes, cada qual com suas inclinações, temperamentos, habilidades e aptidões e todos, sem distinção, permanecem durante alguns anos submetidos ao mesmo conteúdo. Por que estranhar se apenas alguns deles tiram proveito da escola?

Um dos caminhos apontados como tentativa de recuperação do autêntico interesse pela formação integral do ser humano é a inclusão da arte no programa. Não se cuida

---

182 KASTRUP, Virgínia, op. cit., idem, ibidem.

de criar mais uma disciplina, que por sinal já existe, no intrincado sistema de ensino universal. É servir-se do potencial pedagógico e transformador da arte. O filósofo Jean-Luc Nancy observa que a arte é algo que conduz muito além, a ultrapassar a presença material e imediata da coisa percebida<sup>183</sup>. A beleza atrai, faz pensar e nascer o desejo de continuar. A experiência estética tem o potencial de desencadear processos de aprendizagem.

A arte pode ser uma via eficaz de reduzir as desigualdades, uma das fontes permanentes de dissidência e de conflito. Vivencia-se um panorama insólito de estranhamentos. De repente, o globo ficou menor. Com isso, intensificam-se os fluxos migratórios, as lutas por reconhecimento étnico e cultural, afloram movimentos de contestação de lugares sociais naturalizados e de reivindicação da cornucópia de direitos assegurada por uma ordem fundante “cidadã”. Manifesta-se abrangente movimento teórico de contestação de verdades e de discursos que até há pouco alicerçavam a construção da ordem disciplinar na sociedade ocidental. A temática das diferenças é sedutora, mas complexa.

No momento, reconhecer as diversidades parece consensual. Todavia, “na base teórica das discussões sobre identidades/diferenças está a tensão entre perspectivas essencialistas e não essencialistas. As perspectivas essencialistas sugerem que existe um conjunto cristalino e autêntico de características partilhadas por todos aqueles que pertencem a uma dada identidade e que elas não se alterariam. Já as perspectivas não essencialistas sugerem que as identidades são criaturas da linguagem e da representação, sendo, assim, construídas na cultura, no interior de relações de poder”<sup>184</sup>.

Sob a ótica da cultura, a questão das diferenças se constitui em relações de poder. É mais um processo linguístico e discursivo e não uma característica natural. Tema que envolve política e educação, duas das paixões de Franco Montoro. Não se verifica, ao menos em nível de governo, família e sociedade, uma preocupação consistente com o futuro do Brasil, a partir do que se entende por educação e as responsabilidades incidentes sobre os personagens que titularizam esse dever constitucional. Com efeito, o artigo 205 da Constituição da República elenca a educação como direito de todos, mas dever do Estado e da família, em colaboração com a sociedade. Ninguém está isento de contribuir para um efetivo, concreto e eficiente programa educativo.

Ao contrário. A ênfase nas avaliações privilegia o adestramento do alunado, para que exiba a performance da acumulação mnemônica de informações. Não parece haver cuidado com a formação integral do ser humano, com o seu preparo rumo ao equilíbrio, sensatez, condições híidas de convívio. Quem é que faz uma reflexão séria sobre a felicidade do educando? Ele está sendo mais feliz com o processo pedagógico em curso? Estamos oferecendo ao Brasil gerações de pessoas mais satisfeitas consigo mesmas e predispostas a fazer o bem ao próximo e ao ambiente?

Essa a grande missão do povo brasileiro. Missão da qual grande maioria parece não dar conta. “Num mundo em que as transformações ocorrem de modo frenético e em que há mais trabalhadores do que postos de trabalho, a diferença é experimentada, tam-

---

183 NANCY, Jean-Luc, *La Beauté*, Paris: Bayard, 2009.

184 BONIN, Iara Tatiana, RIPOLI, Daniela e GUIZZO, Bianca Salazar, Para Pensar a Educação e as Diferenças sob um enfoque cultural. *Em Aberto*, INEP-MEC, 2016, n. 95, p.26.

bém, por meio do sentido de redundância (Bauman, 2005). Se não acatamos os apelos da formação contínua, da proatividade e do empreendedorismo, experimentamos a sensação de sermos desencaixados, desnecessários ao sistema, redundantes e, como argumenta Bauman (2005), “o destino dos redundantes é um mercado de baixos custos e a venda de serviços sem garantias ou o depósito de dejetos, o monte de lixo”<sup>185</sup>.

O discurso do respeito às diferenças não surte o efeito desejável. Não se enfrenta com coragem o tema da redundância, condição “que interdita a possibilidade de desfrutar certo conjunto de direitos e desautoriza a reivindicá-los, pois ser redundante significa ser dispensável, como mercadoria desprovida de atração ou danificada. Ocupar esse lugar é estar marcado com estigmas de incapacidade, de falta de competência, de falta de vontade, de indolência, de preguiça, de fraqueza e, portanto, estar fora de um conjunto de qualidades consideradas relevantes para participar do mundo produtivo”<sup>186</sup>.

Cabe mencionar que a profusão de direitos da Constituição da República de 1988 contribuiu para a multiplicação de estratégias de utilização do sistema Justiça, com o fenômeno da judicialização galopante e estiolante das políticas públicas<sup>187</sup>. Com a melhor das intenções, pratica-se a *justiça no varejo* e concretiza-se a *injustiça no atacado*. Quem consegue o acesso ao sofisticado sistema Judiciário de cinco ramos de Justiça, mais quatro graus de jurisdição, com dezenas de modalidades de interposição de recursos, conhece e sente o drama. É o que também justifica o registro, no Brasil, de um número de Faculdades de Direito superior ao da soma de todas as outras existentes no restante do planeta. E a proliferação de carreiras jurídicas, em detrimento de pesquisa em outras áreas do conhecimento, estas igualmente essenciais para assegurar a sustentabilidade ora duramente comprometida e garantir a sobrevivência da vida neste vilipendiado planeta.

Focado em concepção mesquinha de desenvolvimento, o eixo das cogitações brasileiras é vencer as crises por meio da economia, da balança comercial, da abertura de mercados, da criação de empregos convencionais. O autenticamente humano foi negligenciado. Está submerso no recrudescimento das crises existenciais, no desalento, na exposição da ira, do inconformismo e do ressentimento generalizado. Na desconfiança de tudo o que é estatal e governamental, no maltrato aos equipamentos públicos e no desrespeito devotado a toda forma de autoridade. Grande parcela dos problemas de saúde hoje detectáveis deriva

---

185 BONIN, Iara Tatiana et al., *idem*, p. 27.

186 BONIN, Iara Tatiana et al., *idem*, *ibidem*.

187 De acordo com o cientista político Marco Aurélio Nogueira, Coordenador Científico do Núcleo de Estudos e Análises Internacionais da Universidade Estadual Paulista - UNESP, o conceito de *políticas públicas* entrou para o vocabulário corrente há cerca de 30 anos. A presença da expressão “na corrente sanguínea da sociedade” - incluindo governos, partidos e organizações sociais - é, para Nogueira, um indicador das transformações ocorridas no relacionamento entre Estado e sociedade nas últimas três décadas. A ausência de conceitualização teórica adequada para orientar estudos e ações nesse campo foi o que motivou a criação do *Dicionário de Políticas Públicas*, organizado por Nogueira e pelo sociólogo Geraldo Di Giovanni, professor do Instituto de Economia e pesquisador do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas - NEPP - da Unicamp. (DI GIOVA\NNI, G; NOGUEIRA, M<sup>A</sup>., *Dicionário de Políticas Públicas*, 2ª ed., SP, UNESP/FUNDAP, 2015.

desse mal estar civilizatório, da insuficiência dos aparatos propagados por uma publicidade cosmética, para persuadir a população de que se adotou o caminho correto.

Essa a mentalidade reinante, centrada com prioridade excessiva no econômico e financeiro, replicada em todas as políticas públicas pelo afã de competir com as Nações civilizadas, aptas a um desempenho considerado ótimo no nível concorrencial. Concorrência e competitividade constituem as molas propulsoras de nosso atual estágio civilizatório.

Se André Franco Montoro estivesse hoje fisicamente entre nós, ele estaria preocupado com esse estado de coisas. Abriria uma agenda em que a educação não fosse a busca de índices, mas a consecução do bem-estar do aluno, dos profissionais do magistério e da família, base hoje fragmentada de uma sociedade que se diz pluralista. Mas que na prática é um conjunto egoísta de pessoas que ocupam o mesmo ambiente físico, mas em geral centrado no seu próprio umbigo. Com a ressalva de raríssimas exceções. O próximo é personagem do discurso. A práxis é um arsenal de individualismo insensível para aquilo que não representa exclusivo interesse próprio.

Montoro proporia enfrentamento das mazelas detectadas num projeto educacional baseado em números e cifras, mas aparentemente desvinculado do essencial. O aprimoramento humanístico da clientela e de sua área de influência.

Haveria margem para o aprofundamento da chamada *pedagogia cultural*, conceito originalmente vinculado à pedagogia crítica, mas empenhada em articular proficuamente cultura, poder e educação. Impõe-se “a abordagem de uma ‘multiplicidade de processos educativos [...] para além daqueles que têm lugar em instituições historicamente vinculadas a ações de educar (como é o caso da escola, da família, da igreja etc.)’” (Wortmann; Costa, Silveira, 2015, p. 37). Steinberg e Kincheloe (2004, p. 16), por exemplo, preocupados com o impacto das grandes corporações midiáticas na vida das crianças estadunidenses, situavam Disney, Mattei, Hasbro, Warner, McDonald’s etc. como as principais educadoras do século 21 e conclamavam pais, cidadãos e professores a se responsabilizarem (parental, cívica e profissionalmente) pelo estudo do “currículo corporativo” e seus “efeitos políticos e sociais”<sup>188</sup>.

Textualmente: “De fato, sustentamos que como pais, cidadãos e professores temos de nos assegurar que as empresas prestem conta sobre as características pedagógicas das atividades que produzem para a cultura infantil [...] nós temos de intervir neste cômodo relacionamento entre a cultura popular e a pedagogia que molda nossas identidades. No interesse não apenas de nossas crianças, mas de grande parte da sociedade, temos de ativar nossa força pessoal e coletiva para impedir que as várias formas de influência dos grupos (conseguida através da mídia) nos oprimam e dominem. Temos de tomar consciência dos caminhos em que a pedagogia cultural opera para chamarmos a atenção quando necessário e reescrever os textos populares quando a oportunidade se fizer presente. A cultura infantil é, a princípio, a pedagogia do prazer e, como tal, não pode ser simplesmente contradita por nos exilar, e às nossas crianças, do seu convívio. Devem ser criadas estratégias de resistência que entendam o relacionamento entre pedagogia, produção de conhecimento, formação

---

188 BONIN, Iara Tatiana et al., idem, p. 28-29.



da identidade e desejo”<sup>189</sup>.

No Brasil a influência televisiva foi reduzida e está sendo gradativamente substituída pelas redes sociais, pelos *youtubers*, pelos *rappers* e pelos difusos formadores de opinião das várias *tribos* ou *galeras*. A mania do momento é a caça aos seres virtuais do *Pokémon*, o que obrigou escolas consideradas *nichos de excelência* a alertarem os pais sobre os efeitos desse passatempo. A escola deixou de ser o centro de difusão do conhecimento, hoje disseminado por uma variedade crescente de áreas sociais, que não se circunscrevem ao ambiente escolar. É preciso estar aberto para encontrar respostas ou para ao menos problematizar o fenômeno avassalador da prodigalidade com que surgem novas áreas pedagógicas. Para autores como Steinberg e Kincheloe, “áreas pedagógicas são aqueles lugares onde o poder é organizado e difundido, incluindo-se bibliotecas, TV, cinema, jornais, revistas, brinquedos, propagandas, videogames, livros, esportes etc.”<sup>190</sup>

Os pedagogos têm de se acostumar com a ideia de que “existe pedagogia em qualquer lugar em que o conhecimento é produzido, em qualquer lugar em que existe a possibilidade de traduzir a experiência e construir verdades”<sup>191</sup>. Há de se tratar o tema sem preconceitos ou pré-compreensões para reconhecer que as corporações, muito além do exercício de influências nefastas, opressoras e dominadoras, possuem, assim como a escola e outras instâncias culturais, aquilo que Iara Tatiana Bonin e outros chamam de “estatuto ou dispositivo pedagógico”, ou seja, “uma série de mecanismos que servem para a constituição ou a transformação da experiência de si, sem imposição de significados, sem manipulação de consciências, indo muito além das noções de sujeito ativo/passivo e de emissor/receptor”<sup>192</sup>.

O afã de produzir conteúdos homogêneos, de adotar uma Base Nacional Comum Curricular, de tornar o processo educativo algo previsível e com um núcleo de homogeneidade garantidor da integridade brasileira, muita vez pode negligenciar a compreensão de que concorrem para a formação da personalidade do ser educando muitas outras influências. São os *dispositivos pedagógicos*, os “mecanismos utilizados para constituir ou transformar a experiência de si, e que podem ser tomados como constitutivos da subjetividade. É ele (o dispositivo pedagógico), quem media as relações sujeito consigo mesmo baseando-se em suas experiências, valores e ideias pessoais. Trata-se, desta forma, de um exercício contínuo de autoavaliação, autoconhecimento, autocontrole, autodisciplina: é o sujeito reconhecendo-se nas formas de comportamento e conduta socialmente aceitáveis.

---

189 STEINBERG, Shirley, KINCHELOE, Joe, *Sem segredos: cultura infantil, saturação de informação e infância pós-moderna*, in STEINBERG, Shirley, KINCHELOE, Joe (org.), *Cultura Infantil: a construção corporativa da infância*. Trad. George Eduardo Japiassu Bricio, 2ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2004, p. 14-16.

190 STEINBERG, Shirley, KINCHELOE, Joe, op.cit., p.14.

191 GIROUX, Henry, McLAREN, Peter, *Por uma Pedagogia Crítica da Representação*, in SILVA, Tomaz Tadeu da, MOREIRA, Antonio Flávio, (org). *O sujeito da educação: estudos foucaultianos*, Petrópolis, Vozes, 1994, p.144.

192 BONIN, Iara Tatiana et al., idem, p. 29-30.

No caso da mídia televisiva, tais dispositivos promovem um mecanismo do telespectador de voltar-se para si e reconhecer-se – ou não – naquilo que é exposto, culpabilizando-se, identificando-se, confessando, refletindo<sup>193</sup>.

Se isso é válido para a TV e foi objeto de análise há dezessete anos, a situação hoje é bastante mais complexa, diante do avanço das tecnologias da comunicação e da informação. O brasileiro se adaptou de maneira muito desenvolta com o mundo digital e o uso das redes transformou o convívio. Escancarou-se a vida privada, estimulou-se o cultivo da imagem, tornou-se instintiva a imediata manifestação de opiniões e enfraqueceu-se a frenagem inibitória que mantinha as agressões verbais sob certo controle. Que os digam os inúmeros processos judiciais oriundos de crimes contra a honra praticados no terreno virtual.

Por outro lado, a busca do autoconhecimento gerou experiências como o Projeto de Vida, desenvolvido nas escolas de ensino integral, cujos resultados indicam sensível aproveitamento de parte do educando, quando se propicia a ele oportunidade de contínua procura do *self*. É o lema atribuído a Sócrates que ainda tem vez na educação contemporânea: *Conhece-te a ti mesmo*.

Tudo está a prestigiar a constatação de que a experiência de se conhecer melhor, produzindo relações reflexivas do sujeito com ele mesmo, oferece melhores resultados, muito mais significativos do que a aprendizagem proveniente do exterior. A autonomia que as gerações mais recentes adquiriu mediante uso contínuo da internet e de suas múltiplas potencialidades, torna mais árdua a tarefa de *ensinar*. O aprendizado é um processo complexo, em que a escola é apenas um dos parâmetros disponíveis, nem sempre o mais confiável. Quando a educação pública enfrenta problemas conjunturais causados por profunda policrise – política, moral, econômica e financeira – o comprometimento do sistema atinge níveis alarmantes. Mais preocupados com a retomada do crescimento econômico, líderes políticos não costumam se entreter com a falibilidade da política pública da educação. Esquecem-se de que o envolvimento da população com um projeto exitoso é imprescindível e fundamental.

Para estes, é bom lembrar que em 2013 se reconheceu a necessidade de contemplar a inovação social como fator essencial de redesenho da sociedade, ao lado do consolidado conjunto de iniciativas científicas, tecnológicas, organizacionais, financeiras e comerciais, que propiciem aperfeiçoamento do convívio humano. A Comissão Europeia definiu inovação social como o desenvolvimento e a implementação de novas ideias – produtos, serviços e modelos – para responder às necessidades sociais – novas ou mal satisfeitas – e criar novas relações ou colaborações sociais. Inovações que precisam ser sociais tanto na finalidade como na forma.

---

193 FISCHER, Rosa Maria Bueno, MARCELLO, Fabiana de Amorim, SCHWERTNER, Suzana Feldens, *O Estatuto Pedagógico da mídia (telejornalismo e “formação”)*, 1999, trabalho apresentado ao 2º Seminário de Pesquisa em Educação. Disponível em [http://www.portalanpedsul.com.br/admin/uploa/ds/1999/Educacao\\_E\\_Comunicacao\\_-Tecnologia's Educacionais, Estatuto Pedagógico da Mídia](http://www.portalanpedsul.com.br/admin/uploa/ds/1999/Educacao_E_Comunicacao_-Tecnologia's Educacionais, Estatuto Pedagógico da Mídia), acesso em 21.8.2016.

Denota-se uma certa resistência de estamentos sedimentados quando se fala em inovação. Pensa-se na destruição daquilo que se edificou ao longo do tempo, como se tudo agora se destinasse à arqueologia dos hábitos ultrapassados. Não é isso. A partir da experiência acumulada, o intuito é olhar com outros olhos, fazer melhor aquilo que já se faz bem, corrigir equívocos, aparar arestas, lapidar procedimentos. As quatro categorias reconhecidas de inovação podem ser referência para o *olhar carinhoso* que todos têm de endereçar para a educação. A inovação tecnológica de produto e de processo – TPP, significa a criação e implementação de um novo produto, a educação de crescente qualidade, para dotar a Nação de pessoas equilibradas, protagonistas de seu próprio destino, cidadãos aptos ao desempenho de seus deveres, não apenas para a fruição de seus direitos. Plenamente capacitados para uma subsistência digna, fruto de uma ocupação prazerosa e compatível com seus talentos.

A inovação de processo representa os esforços empreendidos para desenvolvimento e implementação de novas técnicas voltadas à produção do conhecimento, de sua assimilação pela comunidade educanda e ainda a realização de prestação de serviços educacionais com nova metodologia e aperfeiçoamento das já bem-sucedidas.

A inovação de organização envolve novas técnicas de gestão nos termos de práticas de ensino/aprendizado e na organização do trabalho e nas relações do sistema educacional com seus múltiplos *stakeholders*. Por fim, a inovação de marketing significa a adoção de novos conceitos ou estratégias de adequada divulgação do que se realiza em termos de preparação das novas gerações, para provocar o envolvimento de novos e valiosos parceiros nessa missão que o constituinte confiou a todos, sem exclusão de qualquer pessoa, grupo ou entidade.

Também a escola precisa se submeter a contínua revisão, que Joseph Schumpeter chamou de “destruição criadora”. Nada no mundo é estático. Tudo é dinâmico. O movimento é lei natural que submete os homens ao seu mecanismo e que deve inspirar também a conduta do animal social em relação a seus desafios. Inovações radicais engendram rupturas mais intensas – e estas são, muita vez, indispensáveis – enquanto inovações incrementais dão continuidade ao processo de mudança.

O mundo inteiro está voltado para a necessidade de se repensar as estruturas de convivência. A União Europeia criou o *Horizon 2020*, cujos amplos objetivos guardaram vez para planejamento, medidas de estímulo à inovação, aperfeiçoamento do quadro jurídico para facilitar a integração dos jovens no mundo de amanhã. Propõe-se também um incremento da sinergia entre pesquisa pública e privada.

No Brasil, embora a Universidade se funde sobre três eixos – ensino, pesquisa e extensão – a pesquisa não tem sido privilegiada nos projetos governamentais. É premente servir-se mais e melhor da Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP, que apoia projetos de Ciência, Tecnologia e Inovação nacionais, com os recursos originados do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, do Fundo para o Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações – FUNTTEL e dos convênios de cooperação com ministérios, órgãos e instituições setoriais.

A inovação tecnológica é um dos desafios que o Brasil precisa encarar com a maturidade que o tema requer e que envolve o aprimoramento da educação pública. Desde

2005, estamos sob a égide da Lei 11.196/05, que passou a ser conhecida como *Lei do BEM*, que estimula essa categoria de inovação, da qual depende o futuro dos brasileiros.

São Paulo tem um modelo muito bem reconhecido pela comunidade internacional, mais do que no Brasil – a comprovar que *ninguém é profeta em sua terra...* – que é a FAPESP. A Fundação de Amparo à Pesquisa, sempre confiada a luminárias da inteligência pátria, bastando citar os professores Celso Lafer e José Goldemberg, ex e atual responsáveis, aposta em parcerias e desde 1995 incentiva a inovação tecnológica. O primeiro programa instituído para facilitar a disseminação do conhecimento gerado em Universidades e Institutos de Pesquisa foi o Programa de Parceria para Inovação Tecnológica – PITE.

A profunda crise que acometeu a República Brasileira nestes últimos anos tornou dramática a pressa em acelerar a sistemática de ensinar. É o momento de a Educação Pública se valer das Redes de Inovação, para adquirir foco, planejamento e dedicação à causa. As redes permitem o acompanhamento das iniciativas para incentivá-las na pesquisa e estimular parcerias, além de oferecer suporte ao desenvolvimento de dinâmicas que envolvam a coletividade local. O mundo atual já atua em rede e o Brasil não pode estar desconectado de referências como o Centro Europeu de Empresas e Inovação – CEEI<sup>194</sup>, que integra a rede europeia, a European BIC Network (EBN). Na França, RETIS<sup>195</sup> é rede que trabalha há 25 anos com inovação junto com o CEEI e oferece como principal produto a possibilidade de se reinventar. Outra rede respeitável é a conectada junto ao Instituto de Tecnologia de Massachusetts – MIT, centro de excelência entre os melhores do mundo. Nele surgiram tecnologias importantíssimas, como o *software* livre, radares, sistemas de navegação inercial e muitos outros. A instituição em si é uma *network* de inovação. O seu Media Lab - Laboratório de Multimídia, é uma referência tecnológica em comunicação e internet.

O Centro Alemão de Ciência e Inovação de São Paulo<sup>196</sup> também funciona como rede. Representa no exterior em torno de 800 organizações de pesquisa financiadas com dinheiro público e também diferentes centros de pesquisa e desenvolvimento financiados por consórcios industriais. É uma plataforma importante para um intercâmbio mais eficaz com parceiros internacionais. Iniciativa do Ministério das Relações Exteriores em conjunto com o Ministério da Educação e Pesquisa da Alemanha, surgiu para intensificar o intercâmbio científico de profissionais e ideias, além de servir como base para estimular o surgimento de novas cooperações de pesquisa e projetos de inovação entre pesquisadores alemães e seus parceiros nos países onde os centros estão implantados.

O Instituto de Estudos Avançados da USP, ontem sob a direção de Martin Grosman, hoje confiada a Paulo Saldiva, investirá numa espécie de incubadora de todas as tecnologias já disponíveis e no incentivo à produção de outras, desde que atendam ao processo educativo. Chegou a hora de todos os pensadores interessados em fazer da educação a principal política nacional – muito superior à política pública ou política de Estado, já que a Nação é algo intangível e o Estado foi uma criação artificial – adotarem protagonismo

---

194 European Union Business and Innovation Centres – EU BIC, Link [www.ebn.eu/](http://www.ebn.eu/)

195 RETIS – L’Innovation en Réseau. Link: [www.retis-innovation.fr/](http://www.retis-innovation.fr/)

196 Links: <http://dwih.com.br> e [www.research-in-germany.org/pt/pesquisa.html](http://www.research-in-germany.org/pt/pesquisa.html)

aguerrido e corajoso, na tentativa de acertar o passo com o contemporâneo. Nada pode ser excluído de uma análise de compatibilidade com a missão de formar as gerações do futuro. Muitas experiências já comprovadas estão disponíveis. Pense-se, por exemplo, em *crowdsourcing*<sup>197</sup>, processo colaborativo que utiliza a inteligência e os conhecimentos coletivos e voluntários, geralmente esparsos, para solucionar problemas do dia a dia, desenvolver novas tecnologias, criar conteúdos ou prover serviços. As *boas práticas* do ensino estão disseminadas por todos os lugares. Quantos professores heroicos desenvolveram sistemas que suplantam outros métodos e isso não foi disponibilizado para a gigantesca rede pública do ensino? O conhecimento é também suscetível de recrutamento na internet, grande palco de tudo aquilo que está acontecendo no mundo. Para o bem e para o mal.

Há pesquisas que não podem ser sustentadas individualmente pelo pesquisador. Para isso, pode-se recorrer ao *crowdfunding*, o financiamento participativo que está servindo para arrecadar recursos destinados a tratamento médico, a hospitalização, mas também para financiar bons projetos. É a combinação de um razoável número de pessoas que investem pequena parcela em dinheiro, o que permite que os desenvolvedores de um projeto reúnam os fundos necessários à sua realização. Os fundos podem ser obtidos mediante quatro formas distintas: presente, recompensa, empréstimo ou de capital próprio, o investimento na empresa ou pessoa para um projeto específico.

Falta hoje a coordenação de todos os entes envolvidos na pesquisa e no favorecimento à inovação, com a otimização dos recursos – ora escassos – para a obtenção de resultados mais impactantes. Não faltam agências e fontes de financiamento para a inovação no Brasil e, especialmente, em São Paulo. Aqui existe a Desenvolve SP, Agência de Desenvolvimento Paulista, a já citada FAPESP, o FUNCET - Fundo Estadual de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, além de iniciativas isoladas que mereceriam união de esforços. No Brasil, o SENAI – Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, o BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, a FINEP – Financiadora de Estudos e Projetos, a CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior e o CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

Um exemplo merece menção. Na recente Feira de Ciências da Secretaria Estadual da Educação Paulista, dentre os inúmeros projetos apresentados, resultantes de pesquisa e elaboração de equipes formadas por alunos e seus professores de Ciências, os vencedores surpreenderam pela inovação. Dentre os premiados havia o aproveitamento dos restos do giz utilizado em sala de aula para corrigir a acidificação do solo, a confecção de um tijolo resistente à base de casca de banana e papelão, a produção de um inseticida contra o mosquito da *Aedes aegypti*, com a folhagem ornamental conhecida como *comigo ninguém pode*. Tais propostas poderiam merecer estímulo de parte de incubadoras para possível

---

197 O verbete *crowdsourcing* foi cunhado em 2006, quando os editores da revista *Wired*, Jeff Howe e Mark Robinson, fundiram as palavras *crowd* (multidão) e *outsourcing* (terceirização) para fazer surgir um novo conceito de interação social, baseado na construção coletiva de soluções com benefícios para todos. Atualmente, milhões de organizações e empresas já se utilizam dessa estratégia para receber serviços e soluções a baixo custo.

produção comercial, conferindo não apenas prestígio, mas condições de sobrevivência para os seus jovens criadores.

A educação convencional, muito ainda afeiçoada à transmissão do currículo mínimo, desaprova introdução de outros temas no programa, como se fossem empecilhos à obrigação de esgotar o conteúdo. Daí certa desconfiança quando se propõe incluir educação empreendedora na grade normal da escola pública. Se o Brasil se destaca em criatividade e aceitação de risco, apresenta um déficit em apostar na qualidade da educação empreendedora e executiva, consideradas as bases da inovação sistêmica.

Entretanto, a educação tem todos os ingredientes para se entregar sem reservas à inovação empreendedora. Pois “empreender é o movimento gerado pela insatisfação com o status quo, que nos leva a buscar novos caminhos e soluções – é a força motriz de evolução da humanidade. Tudo o que o homem construiu no mundo é resultado de um ato inicial de empreendedorismo – fogo, carro, avião, computador etc. Sem empreender o homem estaria ainda vivendo em cavernas”<sup>198</sup>. Para a especialista em inovação, educação e marketing, a formação de novos empreendedores depende inteiramente da educação: “é preciso educar para a criatividade, iniciativa, motivação, aceitação de riscos, gestão de erros e fracassos e ter resiliência”<sup>199</sup>. Um empreendedor nato, como André Franco Montoro, já nasceu com essas características. Mas nada impede, tudo recomenda, que tais atributos sejam ensinados e melhorados pela educação.

Educação empreendedora é algo que não pode se distanciar da inovação. “Enquanto a educação empreendedora fomenta o empreendedorismo (criatividade, iniciativa, motivação, risco), a inovação, por sua vez, é o resultado final gerado por um processo empreendedor”<sup>200</sup>. A Escola procura *dar conta* do currículo, mas não se considera responsável por um produto definitivo consistente em cidadania criadora, capaz de conferir novos rumos a uma Nação gigante em complexidade e em questões vitais ainda não solucionadas.

Signo promissor é a recente preocupação com o lado socioemocional dos alunos, a superar a fixação nas competências cognitivas. Os atributos essencialmente humanos são os que permitirão um aprendizado eficaz e uma extração de efeitos úteis e proveitosos desse aprendizado. Até mesmo a OCDE, responsável pela avaliação PISA, hoje tão desfavorável ao aluno brasileiro, está no momento envolvida em revisar critérios aferidores do desempenho. Pois um bom profissional executivo, sob a vertente do mercado e da academia, precisa de um complexo de aptidões: “As habilidades técnicas (*hard skills*) são a base para a atuação dos executivos em suas áreas específicas (gestão, marketing, tecnologia, informação, finanças etc.) que requerem formações básicas distintas. No entanto, quanto mais alto for o cargo executivo, maior será a importância das *soft skills* em seu desempenho: as habilidades relacionadas à sua personalidade e características pessoais, tais como: negociação, liderança, gestão de pessoas e línguas. Quando desenvolvidas adequadamente, essas capacidades ampliam bastante o potencial do executivo e sua contribuição para o sucesso

---

198 GABRIEL, Martha, Educação para Empreender, entrevista. *Desenvolvesp*, edição 4, 2016, p. 6.

199 GABRIEL, Martha, *idem*, *ibidem*.

200 GABRIEL, Martha, *idem*, p. 7.

da organização”<sup>201</sup>.

Não se deve estranhar a menção a “executivo”, se no momento o que se prenuncia é o final de um ciclo de emprego e de carreira. O que se avizinha é a necessidade de cada indivíduo assumir competências que o habilitem a sobreviver no cenário de incertezas, capaz de mudar de ramo a cada crise, de aceitar mudanças cujas causas já não residem no seu país de origem. O mundo está a anunciar que todos devem estar inteiramente preparados para tudo. Já foi sepultada a previsibilidade, a certeza de estabilidade de situações e de instituições. A única certeza com a qual se poderá contar nestes tempos é a da incerteza. É o motivo pelo qual devemos investir no principal ativo do ser humano: o pensar.

A dramática situação do Erário neste ano é motivo a mais para todos pensarem no que fazer. Se a economia antiga era definida pela grandeza – *big is beautiful* – hoje o pequeno é mais inteligente – *small is clever*. Algo que deve inspirar não apenas a nanotecnologia, mas a seara do pensamento. Reduzir a pretensão de locupletar a cabeça da criança com uma enciclopédia e ater-se ao possível. Há de se dotar o aluno de um mínimo instrumental que permita a ele desenvolver-se de acordo com suas inclinações e talentos. E para aqueles que consideram a educação pública apenas um sorvedouro de recursos financeiros e uma fonte inesgotável de incompreensão, é conveniente recordar que até para a economia educar faz bem. O educador John Newbigin, empreendedor cultural escritor e chairman da Creative England, organização sem fins lucrativos dedicada ao crescimento da criatividade na Inglaterra, propõe alguns elementos essenciais para ajudar a economia brasileira crescer. O primeiro foco é um sistema de educação que incentive os jovens a pensar criativamente – e isso significa uma educação que engloba as artes e a cultura<sup>202</sup>.

Franco Montoro antevia os desafios que o Brasil pós-autoritarismo enfrentaria e chegou a experimentar parte deles. Já em seu governo se registravam os fenômenos emergentes, que ocorrem quando um conjunto qualquer de objetos ou pessoas adquire um comportamento que não pode ser previsto pelo comportamento dos indivíduos. Como professor de Direito, não desconhecia a teoria do “crime multitudinário”, algo que serve ao menos como analogia para as manifestações de grupos. Um indivíduo tem conduta muito diversa quando isolado, daquela que ousa assumir quando imerso na multidão. Teria adotado posturas democráticas, como era de sua formação e trajetória, para poder dialogar com os inconformados. Ainda quando estes se recusassem à abertura, sob a invocação de que suas lideranças são “horizontais” e que ninguém fala por eles, senão o todo, em conjunto e simultaneamente.

Sua sapiência e espírito aberto à fraternidade, herança da formação cristã, não teriam estranhado os protestos, mas procuraria esmiuçá-los mediante incursão em redes de trocas recíprocas dos saberes, consciente de que as fórmulas arcaicas já não conseguem responder às exigências. É inadiável reconhecer que “as clivagens que dividiam o planeta e, antigamente, organizavam a vida política não mais acontecem. No entanto, ainda não dispomos de conceitos e instrumentos que nos ajudariam a organizar o mapa de um mundo cambiante, surpreendente e sempre inquietante. Como sair das categorias sociopolíticas

---

201 GABRIEL, Martha, *idem*, *ibidem*.

202 NEWBIGIN, John, Bate Papo com o Especialista. *Revista Desenvolve*, cit., *idem*, p.19.

herdadas da civilização industrial? Onde estão os pensamentos, os instrumentos, os projetos que nos permitiriam compreender e agir no mundo contemporâneo?”<sup>203</sup>.

Entretanto, é latente o desejo de acertar, a procura de razões consistentes para viver, com intensidade superior ao interesse de acumular bens materiais. Isto é reincidência na utopia?

Entre mergulhar na utopia e permanecer na penumbra da incerteza, talvez a opção esteja no mergulho. Zygmunt Bauman, após quinze anos da publicação de *Modernidade Líquida*, confirma a sua percepção de que se vivencia a incerteza existencial, cujos caracteres são o “medo do futuro, uma perpétua ansiedade e uma sensação de urgência sem fim, com a primeira geração do pós-guerra sentindo a queda do nível de bem-estar social conseguido por seus pais e, na vida pública, a perda total de confiança na capacidade dos governos cumprirem suas promessas e o dever de proteger os direitos dos cidadãos e atender aos seus interesses”<sup>204</sup>.

Há uma sensação de que ninguém consegue assumir o controle da situação, “os assuntos do Estado e seus sujeitos estão em queda livre, e prever com alguma certeza que caminho seguir, sem falar em controlar o curso dos acontecimentos, transcende a capacidade humana individual e coletiva. O interregno significa que velhas maneiras de agir não dão mais resultado, contudo as novas ainda precisam ser encontradas ou inventadas. Ou: tudo pode acontecer, mas nada pode ser feito e visto com certeza”<sup>205</sup>.

Somos vítimas de nossa irresponsabilidade. Acreditamos que a humanidade havia atingido o status ideal de sociedade que não enfrentaria outro conflito mundial, pois as duas Grandes Guerras do Século XX haviam servido de lição. O aprendizado era falacioso. Há conflitos em toda a parte e o ódio não é sentimento insólito, mas habita a\o mais variadas esferas. “Trinta anos de orgia consumista resultaram em um estado de emergência sem fim”, lamenta Zygmunt Bauman. O retorno às utopias seria uma alternativa? Ou perdemos nossa capacidade de sonhar ante o mundo péssimo em que habitamos?

Bauman acredita em mudança transcendental: “Ao sonharmos com uma sociedade mais acolhedora e uma vida decente e significativa, avançamos gradativamente da utopia - lugar ainda inexistente, mas à espera no futuro - para o que chamo de “retrotopia” - volta ao passado, ao modo de vida que foi exageradamente, irrefletidamente e imprudentemente abandonado. ... Podemos concluir que passado e futuro estão nesse quadro intercambiando suas respectivas virtudes e vícios. Agora é o futuro que parece ter chegado ao tempo de ser ridicularizado, sendo primeiro condenado pela falta de confiança e dificuldade de manejar e que está em débito. E agora o passado é o credor - um crédito merecido porque neste caso a escolha ainda é livre e o investimento é na esperança, na qual ainda se acredita”<sup>206</sup>.

---

203 LÉVY, Pierre e AUTHIER, Michel, *As Árvores de Conhecimentos*, São Paulo: Escuta, 2008, p.23.

204 BAUMAN, Zygmunt, sociólogo polonês, professor emérito das Universidades de Varsóvia e de Leeds, entrevista a Maria Fernanda Rodrigues, *Tempos Precários*, in OESP-Aliás, 7.8.2016, p.E1.

205 BAUMAN, Zygmunt, *Tempos Precários*, idem, ibidem.

206 BAUMAN, Zygmunt, *Tempos Precários*, cit., idem, ibidem.



Franco Montoro era o homem da esperança. Suas mensagens todas acenavam para um futuro menos incerto, mais solidário e mais humano. Seguiu o lema de considerar sempre viável um mundo melhor. Na situação presente, talvez se posicionasse no cultivo do pessimismo a curto prazo e no otimismo a longo prazo.

Otimismo como o de Michel Lallement, francês especialista em sociologia do trabalho e adepto de uma *utopia concreta*, que já se faz notar neste início de século XXI. Para ele, este século, início do terceiro milênio da era cristã, marca o início do fim do modelo dominante da sociedade assalariada e a afirmação crescente da utopia concreta de organizações coletivas sustentadas na autonomia, na solidariedade e no prazer do trabalho.

O mundo do emprego, tal conforme o enxergamos ainda, está em agonia. A concepção futura de novas formas do viver em sociedade será fortemente influenciada por experiências comunitárias alternativas. Os chamados “hackers”<sup>207</sup> ou “makers”<sup>208</sup> têm se agrupado em espaços de associação criativa que constituem laboratórios abertos do «fazer», livres de limitações do mercado, da rentabilidade ou do direito de propriedade. São os «FabLabs»<sup>209</sup>, laboratórios de fabricação e os “Techshops”, lojas de tecnologia independentes da competitividade concorrencial.

A ideia é simples, mas revolucionária. Nessas comunidades, cada indivíduo tem à sua disposição ferramentas e material de trabalho que vão desde utensílios plásticos a sofisticados robôs ou impressoras 3D. A tecnologia passa pela metalurgia artesanal, pela engenharia espacial, pela eletrônica de ponta, pela robótica, pelas linguagens de programação esotéricas, mas também abrange o cultivo agrícola e culinária. É uma usina de novas relações sociais.

Noisebridge é um hackerspace<sup>210</sup> criado em 2007, comunidade de inspiração anarquista, sob o lema “be excellent to each other” - seja excelente para com o outro. Algo como o Dalai-Lama já prega: a única coisa que você pode realmente oferecer ao próximo é o seu bem-estar, a sua presença benfazeja e acolhedora.

Michel Lallement, integrante do Laboratório Interdisciplinar para a Sociologia Econômica do Centro Nacional de Pesquisa Científica - CNRS na sigla francesa, passou um ano a residir nessa comunidade e tem a certeza de que essa é uma utopia possível. Para ele, “hoje há um tipo de aceleração. Thomas More (1478-1535, autor de *Utopia*) escreveu sobre algo que se pensava completamente irrealizável. Mas hoje, por razões tecnológicas, representadas nos espaços hackers por equipamentos como impressoras 3D etc., vai tudo

---

207 Hacker: programador de computador que busca o desafio de superar as limitações de sistemas de software para aprimorá-los. Não se confunde com o “Cracker”, aquele que quebra códigos de sistemas, sobretudo os de segurança, de maneira ilegal ou sem ética.

208 Maker: aquele que desenvolve novos objetos ou melhora os já existentes com a tecnologia.

209 FabLab e Techshop : são marcas registradas de makerspaces que funcionam no mesmo formato em todas as unidades; em cada FabLab, por exemplo, deve haver um gerente, uma impressora 3D, uma cortadora a laser, uma cortadora de vinil, uma fresadora de pequeno formato e outra de grande formato.

210 Hackerspace: espaço físico que funciona como laboratório comunitário de trabalho para grupo de programadores. Algo como os *escritórios compartilhados* que já se tornaram comuns em São Paulo.

muito mais rápido. Há um tipo de democratização do pensamento utópico, uma nova onda, uma nova forma de fabricar a utopia concreta. E os hackerspaces são, na minha opinião, a encarnação disso”<sup>211</sup>.

Não é um sonho de uma noite de verão, nem delírio de cientistas fora do compasso. Há mais de dois mil desses espaços no mundo. A próxima convenção FabLab ocorrerá na China e os chineses investirão US\$ 500 milhões na criação de milhares de outras. Encontra-se em curso a Terceira Revolução Industrial<sup>212</sup>. A impressora 3D representa o fim do trabalho assalariado. O homem do futuro será um pequeno produtor em sua própria casa. Fabricará o que se quiser, de acordo com a necessidade.

Antes mesmo do que se imaginava, estabeleceu-se a conexão entre o mundo da informática, da internet e o mundo da produção. Os FabLabs inverteram a lógica do aprisionamento do empregado, dos horários, do controle de pontos. Como funcionam diuturnamente, cada qual escolhe o seu horário de trabalho. É uma alavanca de emancipação social. Acaba com a hierarquia patrão-empregado.

Embora se considerem anarquistas, os integrantes da comunidade Noisebridge estabeleceu muitas regras de convivência. Mas dois princípios estruturantes chamam a atenção: o consenso e o do-ocracy, algo como “democracia do fazer”. Anarquia não é o caos confuso, mas depende da capacidade de comunicação produzir regras de convívio que funcionem a contento. Acreditam na obtenção de acordos e, como são especialistas em tecnologia, implantaram até o “dramamômetro”, um software que registra cada vez que a palavra “drama” é citada numa discussão. Isso ajuda a aferir o grau de conflito no convívio diuturno.

O mais importante dessa experiência é que os habitantes do núcleo têm por norma eliminar os complexos que as pessoas possam cultivar em relação às suas competências. Insistem no convencimento de cada qual de que todos têm capacidades. A filosofia atua no sentido da obrigação de compartilhar habilidades e saberes. Acabam as discriminações, os preconceitos, os complexos de inferioridade.

O hacking praticado por esses utopistas reais não é somente um conjunto de linhas de códigos inteligentes. É possível hackear muita coisa. Inclusive a sociedade. Não é absurdo pensar em mudanças estruturais. Refletir sobre a técnica e sobre sua aptidão para transformar a política. Os hackers se situam na mesma linha de atuação dos movimentos alternativos como Occupy Wall Street ou Food Not Bombs.

Se tudo isso já existe e é possível, as utopias estão de volta. Franco Montoro era um utopista, por acreditar na Democracia aperfeiçoada, na bondade natural dos seres humanos, na possibilidade de edificação de uma sociedade harmônica de Nações. Tinha profunda convicção na viabilidade de um Parlatino, uma comunidade continental, paradiomática e de intimidade histórica. Seria receptivo a novas formatações de convívio aparentemente utópicos, assim como a proposta idealista do jovem Marcelo Sando, que propõe

---

211 LALLEMENT, Michel, *Fabricar a utopia concreta - A revolução do novo “faça você mesmo”*, entrevista a Fernando Eichenberg, FSP, Caderno *Ilustríssima*, 7.8.2016, p.6.

212 ANDERSON, Chris, escreveu *Makers - A Nova Revolução Industrial*, São Paulo: Editora Campus, 2012.

“*O Fim da Escola*”<sup>213</sup>. O autor adverte que sua obra é a primeira parte de um prometido “Manifesto Utopista”. E mais: seu livro não é um texto sobre Educação. É um instrumento filosófico que usa da desconstrução da Educação para propor outro modelo civilizatório. Define a Utopia como “um movimento disruptivo coletivo que tem início na epifania íntima e pessoal de indivíduos que, por acessarem um profundo entendimento e compreensão da realidade, escolhem viver utopicamente”<sup>214</sup>.

Marcelo propõe uma postura de humildade perante o Cosmos: “Vivemos em um contexto desarmônico simplesmente por estarmos delirando com as abstrações do Mundo que criamos. Estamos tão apegados a essas abstrações que não conseguimos ver a realidade: somos apenas uma entre milhões de outras espécies de seres vivos, compartilhando um minúsculo pedaço de rocha com uma poça d’água que chamamos Oceano, girando em torno de uma pequena e insignificante estrela, que flutua entre bilhões de outras que giram em uma pequena galáxia, que é apenas mais uma entre trilhões de outras que se movem neste universo incompreensivelmente gigantesco. Todavia, continuamos entretidos com ideias e conceitos tão subjetivos que não encontramos espaço mental para nos maravilhar com a constatação daquilo que realmente somos”<sup>215</sup>.

A Educação, para Marcelo Sando, mantém a miopia do humano a respeito de seu planeta. Mergulhados “em nossos delírios, incutimos a nossa cultura delirante nas crianças desde seu nascimento, chegando ao ponto de institucionalizar esse processo: o que chamamos de Educação. Criamos um espaço e um sistema que garante que as crianças continuem essa nossa civilização. Construimos lugares, e os colocamos diariamente em funcionamento, com a missão principal de inserir as novas gerações no Mundo. Essas instituições acostumam as crianças à Hierarquia e à Competição e, aos poucos, diminuem sua capacidade de ver, refletir e questionar a realidade, deixando-as ignorantes de sua própria natureza e desencantadas com tudo aquilo que é encantador. A Escola, ao imobilizar - no nível individual - e desmobilizar - no nível coletivo - as novas gerações, mantém a humanidade impotente para se reinventar”<sup>216</sup>.

Impossível não concordar com algo do que se afirma. A Escola replica o status quo. Encontra-se superada quanto ao monopólio da transmissão do conhecimento. O acervo informacional é hoje disponibilizado e acessível a quem queira consultá-lo. Uma nova Escola se faz necessária. Aquela que não se limite a oferecer conteúdos curriculares, mas que abra oportunidade ao protagonismo do alunado, de sua família e da comunidade, em parceria com os profissionais do ensino.

A pregação não é nova. A Escola nasceu com a atribuição de por em evidência o espaço do saber e a conferir aos indivíduos uma identidade cognitiva. Todavia, os três princípios fundamentais expostos por Pierre Lévy e Michel Authier em *As Árvores de Conhecimentos*, são: cada um sabe, nunca se sabe, todo o saber está na Humanidade.

---

213 SANDO, Marcelo, *O Fim da Escola*, obra ainda no prelo, e que tive o privilégio de ler.

214 SANDO, Marcelo, *O Fim da Escola*, cit., idem, p.9.

215 SANDO, Marcelo, op. cit., idem, p.18.

216 SANDO, Marcelo, op. cit., idem, p.22.

O que significa isso? “Os saberes da vida, os saberes empíricos, mesmo que reconhecidos, utilizados e até ensinados nas aulas, não são, geralmente, sancionados por títulos e diplomas. A escola, como instituição, define *a priori* - em função de suas tradições e da percepção da demanda social - os conhecimentos indispensáveis, corretos, válidos, quer seja para a cultura geral ou para os saberes especializados. Mas esses conhecimentos somente representam uma íntima minoria do que «cada um sabe», do saber trazido pelo conjunto da humanidade, um saber que, além disso, se transforma e aumenta hoje em um ritmo tal que a escola tem, a cada dia que passa, mais dificuldade em acompanhar»<sup>217</sup>.

Se a educação convencional perdeu esse papel, hoje repartido por uma difusa comunidade de atores pedagógicos, o resultado do sistema de *reconhecimento do saber*, ainda hoje defendido pela escola, é que “alguns dentre nós são absolutamente ignorantes (ainda que cada um saiba); que se possuiu um diploma, eu sei (ainda que nunca se saiba); que o saber somente é válido quando reconhecido pela instituição (ainda que todo o saber esteja na humanidade)”<sup>218</sup>.

Não se recusa, no livro de Pierre Lévy e Michel Authier, a necessidade de *instrução* das crianças no ensino fundamental, nem *ensino* propiciado no Ensino Médio e na Universidade. A proposta é de um método de visibilização dos saberes e reconhecimento das competências muito mais amplo e democrático do que o vigente.

Ou seja: “Quando toda a sociedade se torna pedagógica, quando se aprende a vida inteira, na empresa, na rua, na televisão (e na internet...), nos livros e revistas, nos agrupamentos profissionais, quando se oculta a separação entre formação inicial e formação permanente, não há mais razão para que uma única instituição guarde o monopólio de validação dos conhecimentos. Deve a própria sociedade autenticar os saberes, da forma mais regular e mais democrática possível”<sup>219</sup>.

Não se cuida de panfleto contra a escola. Um projeto positivo, de que os educadores poderiam perfeitamente se apropriar, no próprio exercício de sua profissão. Algo que deveria ser reivindicado pelos pais, pela comunidade, pela sociedade inteira.

O mundo precisa de carinho. Tanto o mundo físico, assim como o mundo intangível das relações entre as pessoas. A educação, no projeto que Marcelo Sando chama de Scholé, é um espaço Utópico de Cultivo que representa um salto evolutivo. “Nela, uma Comunidade Utopista habita um espaço comunitário criado para que adultos, crianças, idosos e adolescentes se encontrem e se potencializem enquanto constroem juntos formas cada vez mais harmônicas de viver neste planeta. Na horizontalidade intra-geracional da Scholé, é possível fazer a transição da ideia hierárquica de Família e de superioridade do adulto para o princípio anárquico de Comunidade Humana”<sup>220</sup>.

Se existe um consenso nesta nossa era, é o de que “vivemos hoje uma destas épocas limítrofes em que a antiga ordem das representações e dos saberes bascula para dar lugar à dos imaginários, dos modos de conhecimento e dos estilos de regulação social ainda

---

217 LÉVY, Pierre e AUTHIER, Michel, op. cit., idem, p. 106.

218 LÉVY, Pierre e AUTHIER, Michel, op. cit., idem, p.107.

219 LÉVY, Pierre e AUTHIER, Michel, op. cit., idem, ibidem.

220 SANDO, Marcelo, op. cit., idem, p.204.

mal estabilizados. Assistimos a um desses raros momentos em que, a partir de uma nova configuração técnica, ou seja, de uma nova relação com o cosmos, inventa-se um novo estilo de humanidade”<sup>221</sup>.

Estou certo de que André Franco Montoro aceitaria uma reflexão atenta sobre os descaminhos da educação convencional e sobre a nobre e factível empreitada de redefinição de rumos. Família – ou seu sucedâneo – e sociedade, indivíduos e grupos intermediários, todos são chamados para, em parceria com o Estado, cuidar do futuro. Os conjuntos gregários todos são comunidades de conhecimento e de aprendizagem mútua, na partilha de experiências e na abertura aos infindáveis e inesperados saberes. Cada um é depositário de uma parcela do conhecimento genético e amealhado no convívio. Dessa contínua troca poderá provir um convívio realmente democrático e, mais do que isso, fraterno e solidário. Existe um forte clamor dos seres pensantes em relação a essa utopia possível.

---

221 LÉVY, Pierre e AUTHIER, Michel, op. cit., idem, p.110.

# Franco Montoro: a vida não termina aqui – Gabriel Chalita

Doutor em Filosofia do Direito e em Comunicação e Semiótica.  
Professor dos Cursos de Doutorado da PUC-SP e do Programa de Mestrado em Direito da UNINOVE.

*Vamos sonhar juntos, certos de que esse mundo de justiça e paz não será uma dádiva dos poderosos, mas uma conquista dos que souberam lutar pela justiça e pela liberdade. (André Franco Montoro)*

Feliz homenagem ao mestre Franco Montoro

Vidas vividas com intensidade são sempre inspiradoras.

Vidas vividas com intensidade não terminam.

Montoro vive por aqui. E é capaz de nos ajudar a compreender caminhos e fazer escolhas.

Quando fui convidado por Guilherme Amorim para escrever este artigo, pensei em temas diversos de uma vida marcada por um tema central, o humanismo, para tecer algumas impressões sobre os valores que embalaram sua vida e obra e que permaneceram.

Preferi abraçar um formato menos convencional. Uma entrevista. Pude, muito jovem, conviver com ele. Pude conversar. Pude perturbá-lo com minhas inquietações. Pude ouvir dele que vidas sem sonhos não realizam e que sonhos coletivos são ainda mais impactantes. Mudam a realidade.

Conheci Montoro quando ainda nutria um desejo de ser padre. Depois, político. Professor, sempre. Incentivou-me ele a estudar muito. A ter uma carreira própria, independentemente da política. Ensinou-me ele a jamais depender de cargos públicos. Isso me daria autonomia para dizer “não” e para impedir que meus sonhos se apegassem diante das circunstâncias. Teve ele uma carreira brilhante fora da política. Professor. Escritor. Pesquisador. Filósofo do direito. Militante de causas ousadas, um homem de antevisão, falava ele sobre a integração da América Latina, do meio ambiente, dos jovens, dos movimentos de participação popular, do valor de cada pessoa humana. Falava como um precursor. Na política, soube ser grande em cada cargo que ocupou. Ousou ser diferente. Empunhou bandeiras que ainda permanecem e teve a generosidade de formar quadros – coisa rara na classe política; políticos geralmente não gostam de dividir o poder, muito menos de entregá-lo a outros. Montoro compreendia a efemeridade dos cargos e a permanência das grandes ideias. E é sobre essas ideias em tempos de estranhamentos que gostaria de entrevistá-lo.

## **Entrevista com Montoro**

### **O que é a política?**

A definição clássica de política está na *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles. A política é a arte e a ciência do bem comum. Essa é uma definição que carrega valores essenciais. É arte porque requer inspiração, sonho, paixão. É ciência porque necessita de estudo, de preparo. Não se pode improvisar. As ações têm consequências. E as consequências atingem a coletividade. Mas a política é mais do que paixão e preparo. É a consciência de que se faz necessário agir sempre pensando no bem comum. É a supremacia da generosidade sobre o egoísmo. É o pensar coletivo e o agir coletivo. Isso não diminui a responsabilidade pelo individual. Liberdades individuais são pressupostos da liberdade coletiva. Desprezá-las significa desconhecer o valor e o significado de cada um, individualmente.

### **Como seria a supremacia da generosidade sobre o egoísmo?**

Quando Aristóteles trata sobre a ética, ele insiste no conceito de que não se pode ser feliz quando se faz o outro infeliz. O egoísmo não nos leva à realização. Trancafiados em nós mesmos acabamos dispersando nossos talentos. Os nossos talentos não foram feitos para serem enterrados, mas para multiplicarem. A Parábola dos Talentos de Jesus é muito significativa. E os nossos talentos têm o poder de melhorar o mundo das outras pessoas. E isso é ser generoso. Guardar o que sabemos para nós mesmos, não partilhar, não dividir, não doar, é um erro. Nada do que temos nos pertence. O generoso sabe disso. O egoísta, não.

### **As pessoas nascem egoístas ou tornam-se?**

Ninguém nasce egoísta. Acredito profundamente nisso. Ninguém. Gosto de uma frase atribuída a Sócrates que diz que “Existe apenas um bem, o saber, e apenas um mal, a ignorância”. A frase é forte. É consistente. Sócrates e, depois dele, Platão acreditavam que o mal não era uma opção consciente. Era uma forma de ignorância. Pessoas escolhiam erraticamente ignorando a própria escolha e as suas consequências. Imagine alguém que acha que pode tirar a vida de outra pessoa para, ao se livrar dele, ser feliz. Imagine um homem que tem uma amante e que essa amante pareça atrapalhar sua vida e que ele queira dar cabo à vida dela para com isso voltar a viver em paz. Viverá em paz? Não. Decididamente não. Podemos ampliar esse exemplo. Imagine pessoas que resolvam matar outras pessoas para que possam se sentir mais seguras ou para que assim se vinguem de quem causou danos à sociedade. Essas mortes melhorarão a sociedade? Não. Decididamente não. A vida é um bem precioso. O generoso sabe disso. O egoísta pensa no seu problema próprio, no individual e se esquece de que o desenvolvimento humano se dá no coletivo.

## **O que faz alguém, então, se tornar egoísta?**

Volto a Aristóteles: o hábito. Em outras palavras, o hábito de conviver com o erro, o hábito da desonestidade, o hábito da ausência de valores que moldam o caráter. Preocupo-me muito com os jovens. Sempre agi para que déssemos a eles espaços e responsabilidades. O jovem não é um problema, como muitos querem fazer crer. O jovem é um ser em ebulição. É inquieto – e isso é bom; é criativo – e isso merece ser valorizado; é apaixonado – e que seja assim para sempre. Mas sem espaço, sem responsabilidades, o jovem pode se tornar um perigo para a sociedade e para ele mesmo. Vidas são desperdiçadas, futuros são roubados porque não soubemos deles cuidar. Fracassamos no plantio.

## **Que plantio é esse?**

Uma educação adequada. A educação é, talvez, a política pública mais importante. Ela corrige desigualdades. Ela oferece oportunidades. Ela amplia os horizontes na vida de uma pessoa, na vida de uma nação. Por isso, lutei sempre para melhorar a educação, para valorizar os educadores, para construir um projeto educativo que fosse democrático e comprometido com o presente e o futuro da nossa gente.

Há um episódio muito citado por estudiosos da democracia que foi a tentativa de invasão do Palácio dos Bandeirantes por um grupo de sindicalistas da educação. Como foi viver aquele momento? Era, sem dúvida alguma, um momento muito delicado da democracia brasileira. Eu havia sido eleito governador. Éramos os primeiros em eleições livres. Toda a minha bandeira, o meu sonho, estava na construção de um projeto democrático de participação popular. Que respeitasse as pessoas. Que retirasse o domínio da força e que valorizasse a força do diálogo. Ocorre que um grupo de professores queria invadir o Palácio, reivindicavam os seus direitos, e a polícia, como em outros tempos, preparava-se para defender a sede do governo. Não era a primeira vez que a cavalaria da PM, cumprindo ordens, seria colocada contra os professores. Eu não poderia permitir isso. Seria uma incoerência por tudo o que eu havia pregado em minha vida e pelo discurso que me levou a ganhar as eleições. Fui, então, ao encontro deles. Saí do palácio e fui conversar com os sindicalistas. Foi uma experiência rica de compreensão de que a força do diálogo nunca deve ser desprezada e de que gestos simples evitam marcas profundas, desnecessárias. Imagine a cena dos policiais em cima dos cavalos contra um grupo de indefesos professores. Nunca tolerei a covardia. Minha luta foi sempre pela justiça. Eu ainda acredito na justiça.

“Eu ainda acredito na justiça” pode ser interpretada como uma visão pessimista da justiça ou não?

Eu nasci no dia 14 de julho. 14 de julho é um marco na história da França e na história da humanidade. Tomada da Bastilha. Revolução Francesa. O ideal da liberdade, igualdade e fraternidade. Fiz uma opção de vida de acreditar na justiça e lutar por ela. Mas não posso ser ingênuo. O que vejo está muito longe do que sonho. Sempre ensinei aos meus alunos que a justiça era a razão de ser do direito. Que nunca negligenciassem o valor da



pessoa humana em detrimento de um formalismo errático. O ser humano não é ficha, não é coisa, não é número. O que vejo, entretanto, é uma ausência de compaixão entre aqueles que atuam na justiça. Nas frias letras dos processos, residem pessoas, quentes, acaloradas pelo clamor de que a justiça seja feita. E nada mais doloroso do que a injustiça praticada pela justiça. É como se a última esperança partisse. Nada resta. É como se aquela mulher, aquele homem, aquele cidadão, sem muitas posses ou conhecimento, amanhecesse repleto da certeza de que, em um tribunal, seu direito seria assegurado; em uma corte, a verdade seria restabelecida. E, no entardecer do mesmo dia, tivesse a sensação de um vazio causado pela invisibilidade dos operadores do direito. Se eu pudesse dar uma modesta contribuição aos que acusam, aos que julgam, seria a de observarem a máxima da ética que vem permeando pensamentos e pensadores de diversos lugares e tempos: o colocar-se no lugar do outro, o não tratar o outro como não gostaria de ser tratado. Simples assim. Um pouco de lucidez e de compaixão ajuda a justiça a reencontrar o seu rumo.

### **Por que a política?**

Por que não a política? – respondo, perguntando. Por que não sair de casa para cuidar de quem não tem casa? Por que não deixar atividades de lazer para dar lazer àqueles que ainda estão à margem? Por que não ousar a utopia de melhorar o mundo? Para mim, isso é a política. Uma utopia. Um sonho de melhorar o mundo. É possível? Não sei. Só sei que é impossível ficar parado diante de tantas obras a serem feitas. Fui vereador, deputado estadual, deputado federal, senador, ministro, governador e, com muita humildade, digo que fui sempre movido por um sonho. Vejam os projetos que elaborei e as bandeiras que defendi. Falava sobre a escassez da água no planeta água quando alguns me achavam lunático. Eu lembrava Euclides da Cunha falando sobre “os nossos rios abandonados”. Falei sobre a integração da América Latina como uma necessidade para a nosso povo. Integração não apenas econômica, mas cultural, de raízes. Temos a mesma raiz e não podemos competir uns com os outros. Temos de colaborar. De aprender a colaborar. Criei muito conselhos. E fui aprendendo com eles. A participação da sociedade civil deve ser prestigiada, valorizada pelos governantes políticos. A maior obra de um governo deve ser a valorização das pessoas. Aliás, optei por este conceito quando fui governador de São Paulo: “a grande obra do meu governo será a soma das pequenas obras”, daquelas que melhoram o dia a dia da vida das pessoas.

### **E as Diretas Já?**

Um espetáculo da democracia. Um chamamento às mulheres e aos homens de bem. De partidos diferentes. De correntes ideológicas diferentes. De religiões diferentes. De times diferentes. Quantas diferenças há nos espaços da convivência humana. Mas há semelhanças. Há caminhos que unem os caminhantes. Olhávamos para o mesmo fim. A democracia. Era legítimo, era correto que o povo escolhesse o seu presidente. Com erros e acertos, é esse o melhor caminho. Fazer com que a população ouça propostas e se identifique com elas. Evidentemente, há muito engodo em todos esses processos. Há muita

maquiagem. Há muita desinformação. Mas ainda assim é melhor dar ao povo o poder da escolha. Artistas. Intelectuais. Esportistas. Eram pessoas que usavam o seu prestígio para exigir “diretas já”. Jamais me esquecerei do grande comício da Praça da Sé. Eram vidas que se uniam no sonho correto da liberdade.

### **Liberdade?**

Sim. Não eram apenas eleições diretas que queríamos. Era um país livre. Liberto de qualquer forma de ditadura ou de censura ou de cerceamento de direitos. Liberdade no sentido humanista que o conceito requer. Liberdade como condição de cada ser humano. Condição inata e inalienável. E, ao mesmo tempo, construída socialmente. Construída porque cabe ao Estado dar garantia de participação a todos. Compete ao Estado reduzir o fosso das desigualdades. Compete ao Estado a ação necessária para proteger os mais vulneráveis. Veja o que fizemos com a criação das delegacias de defesa das mulheres. A mulher vivia uma situação de maior vulnerabilidade. Homens covardemente usavam da força física ou financeira para diminuí-las. Era preciso criar mecanismos de defesa. Uma mulher em uma delegacia com homens teria maior dificuldade em revelar o seu flagelo. Com outra mulher, talvez a sua dor se amenizasse e a sua confiança na justiça se fortalecesse. Infelizmente, a violência contra a mulher persiste. Ainda há muito a se fazer nesse cenário. Mas demos passos importantes. A educação também é uma política pública garantidora da liberdade, porque traz conhecimento, porque garante formação, porque amplia possibilidades, escolhas. A cultura, ao desenvolver a sensibilidade e ao valorizar a identidade, colabora e muito para a construção das liberdades individuais e coletivas.

### **Justiça e liberdade. Conceitos que se somam ou que se contradizem?**

Que se somam, evidentemente.

A Justiça é guardiã da liberdade. É a responsável pelas garantias mínimas que dão a todo cidadão o direito de ser livre. Mesmo quando ela suprime a liberdade de ir e vir de alguns. Aliás, quando assim o faz, não faz por outra razão que não a de permitir que o que errou retome o seu convívio social, depois de se recuperar, e que a sociedade possa saber que, quando alguém atenta contra a liberdade de outrem, deve responder por isso. A teoria da pena não pode ser vista como castigo ou vingança. Mas como exemplo de que ninguém passará impune quando desrespeitar o que garante harmonia entre as pessoas. É essa a razão do Estado.

Quando a justiça se distancia da liberdade, quando os que agem em nome da justiça o fazem por interesses próprios ou por arrogâncias, a justiça não será justa. Isso vale para os que ocupam cargos públicos, para os que são eleitos pelo povo, para os mandatários. É preciso que tenham a consciência de que estão a serviço de uma causa, de um sonho, de uma bandeira. A melhor bandeira é aquela que tem estampada em seu centro a face de um ser humano. Insisto no respeito à dignidade da pessoa humana, na edificação de ações concretas que busquem esse fim. Essa, aliás, é a diferença entre os princípios e as normas. Os princípios inspiram as normas, orientam-nas. E o princípio

da dignidade da pessoa humana é um princípio fundador de diversos outros. Precisa ser lembrado, respeitado.

### **Religião e política**

A religião pode inspirar a política, mas não pode ser um instrumento para que políticos angariem poder. Utilizar o púlpito, colocando uma igreja a serviço de um partido ou de um candidato, é incorreto. Aproximar-se da religião para aprender com ela os valores que devem inspirar uma ação política é correto.

Dou um exemplo extraído do Evangelho. A Parábola do Bom Samaritano. Um homem sofre um assalto e está ferido. Passa por ele um sacerdote, que deveria ser um homem bom, tem pena dele e segue o seu caminho. Passa por ele um levita, que deveria ser um homem preparado. Também tem pena, mas nada faz. E, enfim, um Samaritano, alguém que não pertencia àquele povo, que sofria preconceito e que, mesmo assim, desce do seu cavalo e dá a ele dignidade. Cuida do que está ferido. Leva-o a um lugar seguro. Certifica-se de que estará bem. Quanto ensinamento há em uma simples parábola?! E Jesus a conta quando explica sobre o amor, sobre amar o próximo. Um político, religioso ou não, precisa beber nessas fontes.

### **Quais as características essenciais para um bom político?**

Vou falar de algumas, que não são exaustivas, mas são essencialmente necessárias. Um político tem que ser corajoso. Ao desenhar novas políticas públicas, terá que enfrentar críticas, terá que enfrentar grupos que se acostumaram a não dividir o que têm. E isso não é simples. Algumas atitudes só serão reconhecidas com o tempo. E uma parte dos políticos quer apenas o aplauso e, por isso, não conseguem dar passos significativos na melhoria de suas cidades, de seus estados. A coragem de ser diferente. De não tolerar o malfeito, de saber da urgência das próprias ações.

Um político tem que ser sensível. Volto ao Bom Samaritano. É preciso parar. É preciso ver a dor do outro. É preciso agir para que diminuir essa dor. Vivemos tempos de invisibilidade. E isso é ruim. Um político que não consegue ouvir, ver, sentir o outro, não conseguirá trabalhar para garantir a ele uma vida melhor.

Um político tem que ser líder, saber montar equipe e comandá-la. Não precisa entender de todas as coisas. Ninguém entenderá. Aliás, quando o político imagina saber tudo, será um problema porque será incapaz de ouvir, será incapaz de ter dúvidas. Belo ensinamento socrático: “só sei que nada sei”. Belo significado. Quanto mais eu sei, maior é a consciência da minha necessidade de aprender com o outro. Humildade nunca nos faz mal.

Liderança, sensibilidade e coragem. Esses são alguns dos valores que um político precisa ter. Sem nos esquecermos dos sonhos. Sem sonhos, não há ação política.

## **E o seu sonho?**

O meu sonho é de um país que se desenvolva com justiça social. O desenvolvimento deve alcançar o homem todo e todos os homens. Jacques Maritain e Alceu Amoroso Lima chamam isso de “humanismo integral”. Esse sonho não depende apenas do governo, mas requer a participação da sociedade civil. É uma consciência coletiva de que precisamos cuidar uns dos outros. Por isso falo em participação popular. Em democracia real. Em ampliação do poder das associações, dos conselhos, dos grupos tantos que, em diversos lugares, se unem para defender sua bandeira. Bandeiras não podem ser personalistas. É preciso, repito, tomar cuidado com o aplauso, com o sucesso imediato. O sucesso para um homem nem sempre é o sucesso para uma nação.

Sonho com uma política que não seja omissa, que não negligencie o cuidado daqueles que mais precisam, que tenha o senso de urgência nesse cuidar. A política do bem comum.

Sonho com uma justiça justa.

Sonho que a verdade prevaleça sobre a mentira.

Sonho que a paz seja uma busca de cada um e de todos.

Eu sonho. Tenha a certeza disso.

Aliás, todos nós temos esse poder. É preciso saber disso.

# Lições antes de partir

Ao escolher as perguntas e imaginar as respostas, tentei trazer um pouco do que vi, vivi aprendi com André Franco Montoro.

Optei por terminar falando do sonho. E explico.

Uma das marcas mais significativas do meu convívio com Montoro foi presenciar o seu entusiasmo em agir sempre em defesa de algum grande sonho.

Participei de sua jornada em defesa da juventude. Foi ele um líder que soube dar espaços para que outros líderes surgissem. Coisa pouco comum na política, infelizmente. Personalismos nos fazem muito mal.

Ouvia com atenção os seus projetos de integração da América Latina. Viajava incansavelmente para defendê-los. Criou ele uma Orquestra Sinfônica latino-americana, para que a cultura falasse mais alto do que os governos. Não tolerava competição entre irmãos. Dava exemplos de erros do passado que impediram que estivéssemos unidos.

Um pouco antes da sua morte, tinha ele uma obsessão por plantios de acerola que diminuíssem a falta de nutrientes na população mais carente da África. Sim, com mais de 80 anos, queria Franco Montoro trabalhar para minimizar a fome no mundo.

Recebia políticos de todas as agremiações. E, invariavelmente, fazia a eles uma pergunta: “E qual é o seu sonho?”.

Um prefeito precisa ter um sonho para sua cidade. Um vereador, também. Também um deputado ou um governador ou um presidente da República.

É o sonho que nos move. É o sonho que nos retira do imobilismo e nos faz trabalhar com afinco por dias melhores.

Montoro era um homem cheio de qualidades. Muitas delas trouxe nessa entrevista imaginária. Democrático. Correto. Digno. Mas, em mim, quando revisito nosso tempo de convívio, escolho o Sonhador.

Inspiro-me nele para prosseguir. Aqueço a frieza dos indiferentes com as lenhas dos sonhos.

Não poucas vezes quis desistir da política. Vi, na prática, exemplos que Montoro me contou. De inverdades. De arrogâncias. De egoísmo. Vi gente destruindo gente ou, ao menos, tentando. Vi hipócritas. Vi dissimulados. Vi gente construindo dossiês e negociando com quem deveria fazer a justiça e com quem deveria escrever a verdade. Ações assim nos desencorajam. Mas vi também o que o Montoro via. O sorriso de uma mãe por ter conseguido vaga na creche para o seu filho. A gratidão de um professor por ser valorizado. Alunos aprendendo mais. Jovens cientes de que terão condições de construir seus futuros. Vi artistas fazendo arte. Construtores construindo espaços para garantir dignidade. Vi políticos verdadeiros mudando cidades e vidas.

O Montoro gostava de dar exemplos de políticos do Brasil e de outros países que eram inspiradores. Gostava de citar líderes religiosos como dom Paulo Evaristo Arns e dom Helder Câmara. Emprestava-me muitos livros e me cobrava leitura. Lia os meus textos e os riscava como faz um mestre. Insistia para que eu convivesse com as palavras e que tivesse as palavras o poder de expressar o meu sonho.

“O que você quer com esse texto? Que sonhos você quer partilhar?”

E eu agradecia a paciência e a cumplicidade.

Espero que ele esteja lendo o que eu vou terminando de escrever.

O que quero com este texto?

Não desistir jamais do ser humano.

**Copyright © 2020 André Ramos Tavares e  
Guilherme Amorim Campos da Silva**

Todos os direitos reservados.