Sobre os autores

Bruno Cunha Weyne

Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Membro-secretário do Grupo de Pesquisa *Filosofia dos Direitos Humanos.*

Débora Barros Leal Farias

Graduada em Economia (UFC) e Direito (UNIFOR). Mestra em Relações Internacionais (UnB). Doutoranda em Ciência Política (University of British Columbia, UBC, Canadá). Foi professora de Direito Internacional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e da Faculdade Farias Brito (FFB) e integrante da Assessoria Internacional do Gabinete do Governador do Estado do Ceará (2001-2006).

Deyvison Rodrigues Lima

Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará e em Filosofia da Universidade Estadual do Ceará. Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ)

Gustavo César Machado Cabral

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado.

Homero Bezerra Ribeiro

Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Membro do Núcleo de Assessoria Jurídica Comunitária (NAJUC).

Mércia Cardoso de Sousa

Graduada em Serviço Social (UECE) e aluna da Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisadora voluntária do Núcleo de Pesquisas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), integrando o projeto "A evolução e os novos desafios das Nações Unidas" e técnica judiciária do Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE).

Rafael Benevides Barbosa Gomes

Aluno da Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza.

Rivanda da Costa Santos

Aluna da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Rogena Ximenes Viana

Aluna da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

Thiago Menezes de Oliveira

Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Sumário

A Assessoria Jurídica Popular como Instrumento de Democratização do Espaço Universitário e de Apoio à Luta dos Movimentos Sociais pela Efetivação de Direitos
Homero Bezerra Ribeiro.....6

Breves Considerações Sobre o Controle de Constitucionalidade Exercido pelo Supremo Tribunal Federal
Rivanda da Costa Santos.....17

Desapropriação como Instrumento de Garantia e Efetividade do Direito à Terra e a Moradia
Thiago Menezes de Oliveira.....

How Presidential Elections are Decided: The case of the 2002 Brazilian presidential elections and the 2008 American Presidential Election
Rafael Benevides Barbosa Gomes.....

Jogos de Poder. Carl Schmitt entre Fatos e Normal
Deyvison Rodrigues Lima.....

La Articulación Entre los Conceptos de Igualdad, Libertad, Voluntad General y Ley en Rousseau
Bruno Cunha Weyne.....

Os Direitos Humanos das Mulheres sob o Olhar das Nações Unidas e o Estado Brasileiro
Débora Barros Leal
Mércia Cardoso de Sousa.....

O Reino de Portugal, a Colônia do Brasil e os Órgãos Jurisdicionais: Breve Análise da estrutura Judiciária Luso-Brasileira
Gustavo César Machado Cabral.....

Princípio da Prioridade Absoluta da Criança e do Adolescente como forma de controle da Discricionariedade Administrativa
Rogena Ximenes Viana.....

A Assessoria Jurídica Popular como Instrumento de Democratização do Espaço Universitário e de Apoio à Luta dos Movimentos Sociais pela Efetivação de Direitos.

HOMERO BEZERRA RIBEIRO[1]*

RESUMO

A Assessoria Jurídica Popular Universitária surgiu no final do século passado através de projetos de extensão espalhados nas faculdades de direito em todo país. Ela tem como um de seus objetivos básicos: acabar com o isolamento existente entre a universidade e a sociedade oprimida, no sentido de transformar a realidade social de exclusão e abandono. A AJP não nega a assistência jurídica gratuita, mas amplia alguns pressupostos limitados pelo modo de atuação assistencial. Diante da realidade atual, onde o Estado criminaliza as reivindicações dos movimentos sociais, cabe à AJP o uso de estratégias para contribuir com as lutas populares por direitos.

Palavras-Chave: Assessoria Jurídica Popular. Universidade. Direito Crítico.

ABSTRACT

The Popular Academic Juridical Advisement appeared in the end of last century through of extension projects dispersed at Law colleges in all country. It has as one of its basic objectives: ending the isolation existent between the university and the oppressed people, in the sense of transforming the social reality of exclusion and abandon. The Popular Juridical Advisement does not deny the free legal aid, but enlarges some pretexts limited by the way of free legal aid actuation. In the present reality, where the State criminalizes the social claims, falls to the popular juridical advisement the use of strategies for cooperation with the popular fights for rights.

Keywords: Popular Juridical Advisement. University. Critical Law.

Introdução

O final da década de 80 marcou profundamente o cenário político-jurídico brasileiro. A Constituição promulgada em 1988, também chamada de "Cidadã", trouxe importantes avanços no que diz respeito ao reconhecimento de Direitos Fundamentais, principalmente aos Direitos Sociais ou Direitos de Segunda Geração. Tais direitos, entretanto, nunca foram realmente efetivados, como se pode perceber claramente na atual divisão de renda da

[1]* Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Membro do Núcleo de Assessoria Jurídica Comunitária (NAJUC).

população brasileira que, segundo dados do IPEA de 2004[2], 1% dos brasileiros mais ricos — 1,7 milhão de pessoas — detém uma renda equivalente a da parcela formada pelos 50% mais pobres (86,5 milhões de pessoas). Há, então, para uma grande parcela da população, uma negação do Estado em garantir, efetivamente, políticas públicas voltadas para dirimir, ou mesmo acabar, com as contradições sociais hoje existentes na nossa nação.

O movimento da Assessoria Jurídica Popular surge exatamente a partir desta contradição histórica entre um Estado que se nega a garantir e efetivar direitos básicos de grande parte da população brasileira. Não se têm registros históricos de quando este movimento iniciou sua atuação. Para muitos, ele começa nos bancos das universidades entre as décadas de 80 e 90 do século passado, no entanto, veremos que as idéias e aspirações da AJP já vinham sendo defendidas há muito por diversos setores populares, como os movimentos ligados à igreja católica no período da ditadura militar.

De certo é que este movimento começa a ganhar força no final do século passado dentro das universidades brasileiras, em especial nas faculdades de direito. O movimento estudantil organizado, observando as contradições dentro do espaço acadêmico e dentro do próprio ensino jurídico, preocupados com o isolacionismo universitário e o aprofundamento das crises sociais, criou núcleos de extensão com base em alguns pressupostos básicos e com o objetivo claro de transformação estrutural da sociedade em que vivemos. Sob este prisma é que analisaremos a importância do trabalho da Assessoria Jurídica Universitária tanto internamente, no espaço acadêmico, como externamente, no apoio à luta dos movimentos sociais contra-hegemônicos.

Assessoria Jurídica Universitária e Exploração das Contradições Internas das Universidades Brasileiras:

As Universidades, em especial as públicas, tiveram um importante papel no cenário nacional no que diz respeito à produção técnico-científica durante quase todo o século passado até o final da década de 80; no entanto, veremos que tal desenvolvimento acadêmico esteve quase sempre ligado a uma minoria privilegiada da população, isolado das principais questões sociais. Segundo o Sociólogo português Boaventura de Sousa Santos: “A

[2] IPEA. Radar Social. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/livros/radar2006/02_renda.pdf. Acesso em: 3 de outubro de 2008.

Universidade – década de 60 – era baseada no tripé ensino – investigação – prestação de serviços" [3].

Há, então, com o advento da Constituição de 1988, uma quebra, pelo menos a nível teórico-formal, do paradigma da Universidade "prestadora de serviços" para a Universidade politicamente comprometida com as causas sociais, ou seja, a Universidade como instrumento transformador das relações histórico-materiais que a circulam. O art. 207, *caput*[4], demonstra que as Universidades deverão obedecer ao princípio da indivisibilidade entre a extensão, o ensino e a pesquisa, ou seja, não poderão deixar de lado ou minimizar a importância de nenhum destes requisitos, sob pena de o espaço acadêmico deixar de cumprir sua função social.

Essa quebra paradigmática apenas existiu formalmente, pois o espaço universitário ainda permanece essencialmente de "ensino e prestação de serviços". Além disso, a maioria dos estudantes que pertence à academia, salvo em alguns cursos tidos como "de pouca concorrência", continua pertencendo às classes mais abastardas da população, o que mostra o grau de exclusão que os alunos com poder aquisitivo menor sofrem em relação à educação superior.

Isto posto, podemos observar que o espaço universitário brasileiro apresenta uma série de contradições internas e externas. Internamente, poderíamos citar a prioridade que é dada na academia para o ensino e a pesquisa em detrimento à extensão. A extensão, tradicionalmente falando, deveria ser o elo que ligaria a universidade aos grandes debates e anseios da sociedade organizada, no entanto, tal perspectiva não vem sendo encarada como importante.

Antes de tudo, não devemos encarar a extensão apenas no sentido de ser uma forma prestação de trabalho com a sociedade. Ela vai muito além disso, atingindo o diálogo permanente entre sociedade civil organizada e a academia na perspectiva de eliminação de todas contradições existentes na sociedade capitalista. É nesse sentido o pensamento de Acácia Kunzer:

> O espaço de produção efetiva do conhecimento é a práxis, onde se supera o saber pedante e se produz o saber revolucionário. (...) Os espaços de articulação com o movimento do real, como os estágios, a pesquisa e a extensão, acabam por ser atividades marginais. Cair na vida, penetrar no caos, no buraco negro das relações sociais concretas, onde as explicações não são suficientes, onde o conhecimento é

[3] SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice**: O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995. p. 110

[4] Art. 207: As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Constituição Federal de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição. Acesso em 3 de out. de 2008.

> frágil, onde a competência formal não serve, é uma aventura que a poucos atraí. É mais confortável o útero morno e seguro da "mãe academia" (...) Os que conseguem, no entanto, romper os muros, por os pés - e a cabeça - para fora, deixando entrar o ar fresco da realidade nos pulmões, têm descoberto que é no movimento, no provisório, no caos, na dinâmica jamais "enquadrada" das relações concretas que se transforma a sociedade, que se faz a revolução[5].

O Fórum Nacional de Pró-Reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras também encara a extensão como uma ação dialógica e transformadora com a sociedade:

> Uma Política Nacional de Extensão é pactuada pelas Instituições Públicas de Ensino Superior (IPES), integrantes do Fórum de Pró-Reitores de Extensão das Universidades Públicas Brasileiras (FORPROEX). Está expressa no Plano Nacional de Extensão, publicado em novembro de 1999, que define como diretrizes para a extensão a indissociabilidade com o ensino e a pesquisa, a ação transformadora, a interdisciplinaridade e a relação dialógica com a sociedade.[6]

Outra contradição interna presente nas Universidades públicas brasileiras diz respeito à falta de democracia interna. A participação estudantil nos espaços de decisão acadêmica ainda é pequena ou inexistente em alguns lugares. Isto faz com que muitas das reivindicações estudantis não sejam debatidas e nem levadas a sério, como, por exemplo, o financiamento adequado para os projetos estudantis de extensão. Esta falta de democracia interna revela também o isolacionismo universitário em relação aos debates que acontecem na sociedade. Enquanto se debate na população mecanismos de participação popular direta, nas universidades federais brasileiras ainda não se pode eleger o Reitor, que é escolhido pelo Presidente, através de uma lista tríplice.

O isolamento também se revela historicamente nas formas de ensino e de pesquisa dentro das faculdades de direito. Estas ainda mantêm um currículo essencialmente voltado para o direito privado em detrimento do direito constitucional e dos direitos humanos.

A universidade não só mantém o isolamento diante dos debates que a sociedade civil organizada produz, mas também se revela como um espaço inalcançável para a maioria da população, principalmente a mais pobre, que não têm condições de pagar cursinhos particulares para entrar na academia.

Uma nova contradição no espaço acadêmico, em especial nas universidades públicas, é o fenômeno da privatização do ensino superior. Grandes empresas e fundações passam a atuar

---

[5] KUNZER, Acácia Zeneida. **Para Estudar o Trabalho como Princípio Educativo na Universidade**: categorias teórico-metodólogicas. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1992. p. 209.
[6]Carta do Fórum Nacional de Pró-Reitores das Universidades Públicas (FORPROEX). Disponível em: http://www.udesc.br/portal/temp/reestruturacao_das_areas_tematicas.pdf. Acesso em: 04 de out. de 2008.

dentro das universidades, determinando a pesquisa e o ensino voltados somente para uma minoria privilegiada da população, enquanto a maioria do povo fica alheia àquilo debatido e produzido na academia[7].

O movimento estudantil extensionista deve, portanto, explorar estas contradições internas e externas que afloram as universidades brasileiras. A universidade não deve ser um espaço tomado por "grades" que se distanciam da população mais carente. Ela sim deve estar presente nos debates da sociedade organizada, num constante diálogo que respeite os mais diversos saberes. Os estudantes que atuam na extensão universitária têm um papel importante de determinar ações que tanto revelem sua importância e sua indissociabilidade com o ensino e a pesquisa, além da defesa do financiamento integral e contínuo, como também estimular debates que aproximem a academia das demandas populares.

Este também é o pensamento do jurista Antônio Carlos Wolkmer:

> Além da subversão do pensamento, do discurso e do comportamento, importa igualmente reordenar o espaço público individual e coletivo, resgatando formas de ação humana que passam por questões como "comunidade", "políticas democráticas de base", "participação e controle popular", "gestão descentralizada", "poder local ou municipal" e "sistema de conselhos" [8].

Assessoria Jurídica Universitária: Formas de Atuação

Primeiramente, devemos compreender que a assessoria jurídica popular se distingue da assistência judiciária tradicional sem negar nem desmerecer sua importância. A assistência jurídica gratuita à população que não tem condições para custear um advogado é uma garantia constitucional que deve ser efetivada. Há sim diferenças quanto às formas de atuação de cada uma destes segmentos.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que o Estado prestará assistência jurídica integral aos que não tiverem recursos suficientes[9]. Esta conquista deu um papel importante para a Defensoria Pública na tentativa de "democratizar" o poder judiciário, através da aproximação deste das demandas jurídicas da população carente. A assistência jurídica,

---

[7]6 Sobre o assunto, ler: Cadernos ANDES-SN – Proposta do ANDES-SN para a Universidade Brasileira. n. 2. Florianópolis. Andes, 1981

[8] WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 305.

[9]Art. 5º, LXXIV: O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Constituição Federal de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituição. Acesso em 3 de out. de 2008.

entretanto, não se resume apenas ao direito de poder entrar com uma ação no judiciário através de um defensor público. Ela vai um pouco além, tornando-se também numa garantia de a população que não tem condições ser informada sobre seus direitos, tornando-se um passo importante para a cidadania, através do exercício de direitos.

A assistência jurídica, todavia, não consegue romper com algumas limitações impostas pela sua forma de atuação. Primeiramente, ela não consegue romper com a própria maneira de pensar o direito positivado, ao entender este como neutro, objetivo, completo, monista e afastado de qualquer pretensão política e ideológica.

Dessa forma, a assessoria jurídica popular tenta ir além disso, visualizando o direito não como algo imutável, intransponível e que não pode ser questionado. O direito, sim, é um espaço de disputa político-ideológica e que é influenciado pelas condições histórico-materiais da época. A AJP, portanto, trabalha com o direito sob a perspectiva crítica.

Com base nisso, valemo-nos do pensamento de Wolkmer:

> Cabe analisar, assim, que o "discurso crítico" (entendido aqui, também como "teoria crítica" e/ou "pensamento crítico no Direito") pretende repensar, questionar e romper com a dogmática lógico-formal imperante em uma época ou em um determinado momento da cultura jurídica de um país, propiciando as condições e os pressupostos necessários para o amplo processo estratégico/pedagógico de "esclarecimento", "autoconsciência", "emancipação" e "transformação da realidade social".[10]

A AJP trabalha, portanto, com desmistificação do direito, ou seja, com a quebra da figura do direito como algo inatingível para as classes populares, algo que não está presente para a maioria da população e que somente existe nos códigos e nos debates acadêmicos.

Ao pensar o direito sob uma perspectiva crítica, a assessoria jurídica popular não abandona de vez a importância dos direitos fundamentais da pessoa humana já conquistados no texto legal. Ela, entretanto, vai muito além, ao reconhecer que o direito não é apenas aquele que está posto no texto legal, mas que também é fruto das lutas e experiências históricas dos movimentos populares. Há então o reconhecimento do pluralismo jurídico e a negação do monismo estatal como pressuposto básico de existência do direito.

Há também uma preocupação, pela AJP, com a perspectiva pedagógica que o direito pode assumir. Essa perspectiva está fundada em duas implicações: primeiro, a crítica ao direito "posto" na lei, sempre com sua linguagem rebuscada e com sua falsa premissa de

---

[10] WOLKMER, Antônio Carlos. **Contribuições Para o Projeto da Juridicidade Alternativa**: Lições de Direito Alternativo. v. 1. São Paulo: Acadêmica, 1991. p. 41-42.

neutralidade; segundo, o diálogo coletivo com os movimentos sociais ou populares sobre a desmistificação do direito, as formas de uso alternativo do direito positivado e as estratégias para a efetivação dos direitos já garantidos. Através dessas premissas, a coletividade consegue compreender as contradições existentes no direito e na sociedade, passando a atuar para acabá-las, atinge-se a emancipação do homem como sujeito coletivo, já que "ninguém se liberta sozinho", como defende Paulo Freire[11].

Como bem observa Wolkmer:

> Por conseguinte, a intenção da Teoria Crítica consiste em definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função de um novo tipo de "sujeito histórico". Trata-se da emancipação do homem de sua condição de alienado, de sua reconciliação com a natureza não-repressora e com o processo histórico por ele moldado. (...) A teoria crítica provoca a autoconsciência dos agentes e dos movimentos sociais que estão em desvantagem e/ou em desigualdade e que sofrem as injustiças por parte dos setores dominantes, das classes ou elites privilegiadas [12].

Outro pressuposto básico que distingue a AJP da assistência judiciária é o caráter coletivista que a primeira tem. Enquanto na assistência judiciária o foco é para atendimentos individuais, na assessoria jurídica se preza pela coletivização das ações, ou seja, pela preferência das demandas coletivas do movimento social ou popular que se está trabalhando.

Uma das principais premissas da assessoria jurídica popular diz respeito à massificação que pode ocorrer na relação entre assessor e a comunidade. A massificação está exatamente compreendida na relação entre um sujeito e um objeto, ou seja, em alguém que detém todo conhecimento formal, e, por isso, comanda a situação, e outro que apenas escuta e a executa. Não há efetivamente um diálogo na massificação, mas apenas comandos as serem executados por meros objetos.

O fenômeno da massificação pode ser facilmente percebido na assistência judiciária, onde o assessor assume o posto de detentor de todo o conhecimento, ou de um salvador que mostrará o caminho jurídico mais correto para o caso.

O diálogo somente ocorre com a troca entre conhecimentos populares e acadêmicos, no sentido da emancipação humana. Assim a comunidade assessorada não estabelecerá uma relação de eterna dependência com o "assessor". Esta relação de dependência pode acontecer na assistência judiciária, já que o assessorado sempre necessitará da assistência da pessoa que detém o conhecimento para lhe esclarecer sobre seus direitos.

---

[11] FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 29.
[12] WOLKMER, Antônio Carlos. Op. Cit. p. 40.

Por fim, a assessoria jurídica popular universitária deve sempre atuar sobre a perspectiva transformadora das relações sócio-materiais existentes. A sua atuação deve estar ligada à luta constante por uma universidade pública gratuita que efetivamente cumpra sua função social, como também ligado à luta dos movimentos sociais contra-hegemônicos.

Paulo Freire coloca que:

> A ação libertadora, pelo contrário, reconhecendo esta dependência dos oprimidos como ponto vulnerável, deve tentar, através da reflexão e da ação, transformá-la em independência. Esta, porém, não é doação que uma liderança, por mais bem intencionada que seja, lhes faça. Não podemos esquecer que a libertação dos oprimidos é libertação de homens e não de "coisas". Por isto, se não é autolibertação – ninguém se liberta sozinho -, também não é libertação de uns feita por outros. [13]

Assessoria Jurídica Popular como Instrumento de Apoio à Luta dos Movimentos Sociais.

A partir das premissas básicas elaboradas no capítulo passado, trataremos agora das formas de contribuição da assessoria jurídica popular na luta contra-hegemônica dos movimentos sociais no cenário atual brasileiro.

Vivemos hoje num momento conjuntural totalmente desfavorável em relação à reivindicação dos movimentos sociais por direitos. O Estado brasileiro agrava uma postura negativa em relação à efetivação dos direitos sociais básicos das populações mais pobres e, o que é pior, ainda há, por parte daquele, uma postura repressora no sentido de tentar coibir às manifestações legítimas destes movimentos em detrimento à garantia da dignidade da pessoa humana.

De acordo com dados do Atlas Fundiário do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), cerca de 3% do total das propriedades rurais do país são latifúndios, ou seja, têm mais de mil hectares e ocupam 56,7% das terras agricultu ráveis[14]. Esta amostragem da concentração fundiária nos ajuda a entender como o Estado brasileiro historicamente tem se posicionado a favor dos latifundiários em detrimento da reforma agrária. A concentração de terras traz inúmeras conseqüências, dentre elas o aumento da violência no campo, pelo agravamento da crise social. Segundo dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT), em 2006 houve um aumento de 176,92% das tentativas de assassinato em

[13] FREIRE, Paulo. Op. Cit. p. 152
[14] Dados Concentração de Terra. Disponível em: www.incra.gov.br. Acesso em: 03 out. 2008.

relação a 2005. Houve também um crescimento de 2,63% no número de assassinatos. Em 2006, 39 pessoas foram assassinadas. Em 2005 foram 38.[15]

A impunidade no campo em relação ao assassinato de trabalhadores rurais também revela uma triste realidade do campo. Segundo dados da CPT, de 1985 a 2006, registraram-se 1.104 ocorrências de conflitos com assassinato, nestes conflitos morreram 1.464 trabalhadores. Destas ocorrências somente 85 foram levadas a julgamento. Foram condenados 71 executores e somente 19 mandantes.

Enquanto isso, o Ministério Público do Rio Grande do Sul, no início deste ano, elaborou algumas representações a membros do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST) por crimes contidos na Lei de Segurança Nacional, esta elaborada no período ditatorial para reprimir quem fosse contra ao regime militar. Tal atitude do MP gaúcho apenas exemplifica qual a postura histórica do Estado brasileiro diante de questões sociais[16].

A assessoria jurídica popular não poderia ficar alheia a tal atitude criminalizadora do Estado diante da população que se organiza para reivindicar direitos. Por isso indicamos aqui algumas formas de contribuição da AJP às reivindicações dos movimentos sociais organizados.

Primeiramente, a cooperação do trabalho entre as assessorias e os movimentos sociais inicia-se na universidade. É o espaço acadêmico importante para a construção de novos saberes em diálogo com a população organizada, que irão trazer benefícios para a sociedade. Por isto torna-se cada vez mais importante a presença dos movimentos sociais em debates, seminários e palestras nas faculdades de direito de todo país. Como já afirmamos acima, o direito não pode estar distante da maioria da população, pois, ele também pertence às manifestações legítimas populares.

Como defende Wolkmer, "Admite-se, portanto, que o "novo Direito" (juridicidade alternativa), por estar inserido em práticas sociais e delas ser produto, transcende aos órgãos estatais, emergindo de vários e diversos centros de produção normativa e adquirindo um caráter múltiplo e heterônimo". [17]

A presença constante de debates que aproximem os estudantes de direito das causas populares deve ser uma prática constante do movimento estudantil extensionista da assessoria

---

[15] "Dados da CPT revelam que impunidade mantém violência no campo". Disponível em: http://www.cpt.org.br/?system=news&action=read&id=390&eid=128. Acesso em: 03 out. 2008.
[16] Sobre o assunto, ler: GLASS, Verena. MST faz denúncias à ONU contra processo de criminalização. Disponível em: http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1393. Acesso em: 04 de out. de 2008.
[17] WOLKMER, Antônio Carlos. Op. Cit. p. 46.

jurídica. Como já foi dito, essa preocupação está inserida no fato do isolamento da universidade diante da realidade social que a circunda, isolamento este que não foi por acaso, mas que decorreu do papel histórico que a universidade assumiu no país.

Outra possibilidade de contribuição às reivindicações por direitos dos movimentos sociais está nas diversas oficinas de educação popular em direitos humanos, formuladas a partir das demandas de cada movimento. Essas oficinas têm como base o debate coletivo sobre o direito, os direitos humanos, positivados ou não, e sobre as questões jurídicas que mais afetam aquele determinado movimento, sempre na perspectiva emancipadora do conhecimento. A partir desta perspectiva é que se exercita a cidadania, desmistificando o direito e estimulando a participação popular.

Talvez uma das construções mais importantes que a assessoria jurídica popular pode estar inserida é no debate sobre a universidade popular. Esta se constitui de um modelo universitário em que o ensino, a pesquisa e a extensão sejam voltados às causas populares.

A universidade popular hoje se revela tanto como uma crítica ao atual modelo universitário, que, isolado das demandas da maioria da população, está mais voltado para a manutenção do status dominante, como também demonstra uma crítica à privatização do conhecimento universitário, o qual, aos poucos, vem se tornando comum na maioria das universidades públicas brasileiras.

Outra reflexão trazida pela universidade popular é com relação à composição universitária. Professores e estudantes, em sua grande maioria, pertencem às camadas com mais renda, mostrando que boa parte da população ainda permanece historicamente excluída da educação superior no país.

A universidade popular não é um modelo acabado em si; ele decorre de um amplo debate entre os diversos movimentos populares que lutam para a construção de um modelo de ensino que se volte para as reais necessidades do povo oprimido, e que não sirva como instrumento de dominação de uma pequena elite.

Por fim, estas são apenas algumas das possibilidades de atuação da assessoria jurídica popular dentro e fora das universidades brasileiras, no entanto, o movimento da AJP está sempre inventando e reinventando seus passos, a partir do próprio debate com os movimentos populares que reivindicam direitos. Nesse sentido, terminamos com uma citação de Paulo Freire:

> É preciso que (...) desde os começos do processo, vá ficando cada vez mais claro que, embora diferentes entre si, quem forma se forma e re-forma ao formar e quem é

> formado forma-se e forma ao ser formado. È nesse sentido que ensinar não é transferir conhecimentos, conteúdos, nem formar é ação pela qual um sujeito criador dá forma, estilo ou alma a um corpo indeciso e acomodado. Não há docência sem discência, as duas se explicam e seus sujeitos, apesar das diferenças que os conotam, não se reduzem à condição de objeto um do outro. Quem ensina aprende ao ensinar e quem aprende ensina ao aprender. [18]

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALFONSIN, Jacques Távora. Assessoria Jurídica Popular. Breves Apontamentos sobre sua necessidade, limites e Perspectivas. In Revista do SAJU – Para uma visão crítica e interdisciplinar do direito. v. 2. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFGS, 1999

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a Legitimação baseada nos Direitos Humanos. [Trad. Gisele Guimarães Cittadino e Maria Celina Bodin de Moraes]. In: Revista Direito, Estado e Sociedade (PUC-RJ). nº 17 ago/dez - Rio de Janeiro. Editora da PUC-RJ, 2000.

KUNZER, Acácia Zeneida. **Para Estudar o Trabalho como Princípio Educativo na Universidade**: categorias teórico-metodólogicas. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 1992.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito?**. 11 ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela Mão de Alice**: O social e o político na pós-modernidade. São Paulo. Cortez, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Contribuições Para o Projeto da Juridicidade Alternativa**: Lições de Direito Alternativo. v. 1. São Paulo: Acadêmica, 1991.

_____. Pluralismo Jurídico. **Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3 ed. São Paulo. Alfa Omega, 2001.

[18] FREIRE, Paulo. Op. Cit. p. 25

Breves Considerações Sobre o Controle de Constitucionalidade Exercido pelo Supremo Tribunal Federal

RIVANDA DA COSTA SANTOS[19]*

RESUMO

Em que pesem as divergências quanto à legitimidade do Supremo Tribunal Federal, é ele o guardião da Constituição, cabendo-lhe a função inafastável de concretizar a norma constitucional, além de adequar as leis e atos normativos infraconstitucionais àquela. Partindo da análise direta de decisões judiciais é possível destacar verdadeiras construções, como o recente indicativo de mutação informal do Art. 52, inciso X da Constituição, que trata da possibilidade de ampliação dos efeitos subjetivos da declaração de inconstitucionalidade na via incidental pela atuação do Senado Federal. Dado o modelo dual e eminentemente jurisdicional da fiscalização de normas no ordenamento jurídico pátrio, os institutos previstos em lei para o controle em abstrato, como a modulação temporal dos efeitos da decisão e a vinculação dos demais órgãos do Judiciário e da Administração Pública em qualquer das três esferas de poder, têm sido intercambiados para o controle difuso. Trata-se de uma tendência atual a que os autores denominam de "objetivação" ou "abstrativização" do controle difuso, que empresta à jurisprudência constitucional um vislumbre de normatividade.

Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal. Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT

In spite of the divergences on the legitimacy of the Federal Supreme Court, it is the guardian of the Constitution, being its inevitable function to concretize the constitutional norm, besides to adequate laws and normative infra-constitutional acts to it. Beginning from direct analysis of judicial decisions it is possible to point out truly constructions, such as the recent indicative of informal constitutional mutation of the article 52, X of the Constitution, that is about the possibility of widening of the subjective effects of incidentally unconstitutionality declaration through Senate actuation. Considering the dual model and highly jurisdictionally of the invigilate of norms in the national juridical system, the institutes foresaw in law for abstract control, as the temporal modulation of the decisions effects and the linkage of the other Judiciary and Executive offices in any of the power spheres, has been channeled to diffuse control. It is a current tendency writers name "objectivation" or "abstractivation" of diffuse control, lending to constitutional jurisprudence a glimpse of normativity.

Keywords: Federal Supreme Court. Judicial review

1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: LEGITIMAÇÃO COMO CORTE CONSTITUCIONAL?

Em que pese a filiação brasileira ao sistema de *civil law*, é de se registrar que o Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição, encontra-se na posição de aclarar o

[19]* Aluna da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

direito, quando não de "construí-lo" propriamente, de modo a possibilitar a efetivação das diretrizes e princípios da Constituição. Órgão máximo da estrutura do Poder Judiciário, suas decisões repercutem, direta ou indiretamente, na sociedade, seja através de seu poder revisional pela via recursal, seja através do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Poder Público.

Relata o Min. Celso de Mello[20] que a criação de um órgão jurisdicional máximo no Brasil se deu com o Alvará régio do Príncipe Regente D. João VI em 10.05.1808, sob a denominação de Casa de Suplicação do Brasil, sediada no Rio de Janeiro e investida das mesmas atribuições da Casa de Suplicação de Lisboa. A Casa de Suplicação do Brasil, composta por 23 juízes, foi sucedida pelo Supremo Tribunal de Justiça, instalado em 09.01.1829 e tendo reduzido o número de componentes para 17 juízes. Já na República, passa a se chamar Supremo Tribunal Federal com competência para rever as sentenças das justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou dos atos de governo locais, em face da Constituição ou das leis federais e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos e leis impugnadas. A Constituição de 1934 alterou-lhe a designação para Corte Suprema, que não vingou muito tempo tendo sido restabelecida a antiga denominação, mantida até os dias atuais pelas constituições posteriores. A composição variou entre 16 e 11 juízes, prevalecendo e restando hoje este último número.

Os ministros são escolhidos livremente pelo Presidente da República dentre cidadãos brasileiros natos com mais de 35 e menos de 65 anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, condicionados à aprovação da maioria absoluta do Senado Federal[21].

A natureza política do ingresso dos membros da Alta Corte tem sido bastante discutida, pois, se por um lado estes não se submetem a concurso público, tampouco estão sujeitos ao crivo da população. Nesse sentido é a crítica do Prof. Francisco Gérson Marques de Lima:

> Para aumentar a contradição, tem-se que, para a composição do Supremo Tribunal Federal, os transitórios (Presidente da República e Senadores) nomeiam os permanentes/vitalícios (Ministros da Corte). O critério é o político, conquanto o Tribunal vá decidir questões jurídicas, embora de feições também políticas, umas mais, outras menos. [22]

Outros, ao revés, não vislumbram na forma de investidura do cargo uma ausência de legitimação para as decisões proferidas pela Corte. Conforme explica José Adércio Leite Sampaio:

---

[20] MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal Federal (Império e República).** 2 ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007, p. 7-9.

[21] *Vide* Art. 12, § 3º, inciso IV c/c Art. 101, ambos da CF/88.

[22] LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira (estudo de casos - abordagem interdisciplinar).** Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001, p. 51.

> Deve-se fugir do preconceito que separa quase em valas, sem qualquer comunicação, o direito e a política. O entrelaçamento entre os dois é império da própria conformação do Estado de Direito e fica difícil, em certos momentos, separar um do outro. Não pode haver redução, todavia, do jurídico em político, como pretendem os institucionalistas, ou de se achar que todas as questões da política se resolverão nas formas do Direito; sob pena de se desgastar talvez o mais importante instrumento de integração social. A maior transcendência política das decisões das corte constitucionais não pode, contudo, reacender aquele preconceito e enuviar as vistas. Nem se pode deixar seduzir pela forma política de indicação de seus membros, pois importa mais a técnica jurídica com que enfrentam os problemas levados à solução. [23]

E mais adiante continua o professor mineiro:

> Não é por mero acaso que os juristas constitucionais publicam o teor de suas decisões, inclusive as motivações que levaram à convicção firmada, de forma muito mais constante e transparente do que o fazem Executivo e Legislativo, sujeitando-se, de certa forma, ao controle da opinião pública e buscando também ali a base de sua legitimidade.[24]

A questão da legitimidade das decisões, porquanto são definitivas e não sujeitas a recurso (exceto embargos de declaração), tem suscitado inclusive a adoção da figura do *amicus curiae* nos processos objetivos de controle de constitucionalidade. Entende o STF que o *amicus curiae* não representa exatamente uma modalidade de intervenção de terceiro, que é expressamente vedada pela Lei nº 9.868/99, mas um fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte com a precípua finalidade de pluralizar o debate constitucional (ADI 2130/SC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02.02.2001). Pode ser admitido pelo relator em face da relevância da matéria e representatividade dos postulantes, dependendo ainda de referendo do Tribunal[25].

As atribuições do Supremo Tribunal Federal encontram-se expressas no Art. 102 da Constituição, podendo ser originárias, recursais ordinárias ou recursais extraordinárias. O excessivo número de processos e a extensão da competência do Supremo impedem que o classifiquemos como uma corte ou tribunal constitucional típico. Uma corte constitucional é um órgão com a jurisdição específica para a fiscalização da constitucionalidade das leis, cuja missão não se resume a "dizer o direito", cabendo-lhe, sobretudo, a função de reformar e transformar as normas jurídicas, adequando-as à realidade de sua época[26].

---

[23] SAMPAIO, José Adércio Leite. Ob. Cit., p. 60.
[24] SAMPAIO, José Adércio Leite. Ob. Cit., p. 92.
[25] *Vide* Art. 7º, *caput* e § 2º, e Art. 18 da Lei 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento de ADI e ADC perante o STF.
[26] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 197; 226.

Muito embora não se restrinja à análise dos conflitos de jurisdição constitucional, não se pode negar que compete ao Supremo decidir, em última e definitiva instância, questões de índole constitucional, interpretando a Carta Maior e afastando as normas inferiores a ela ofensivas.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EXERCIDO PELO SUPREMO

O controle de constitucionalidade, por ser função primordial de um órgão de cúpula que se presta a salvaguardar a supremacia constitucional, é palco de inúmeras demonstrações da força geradora das decisões e interpretações promovidas pelo Supremo.

Convém observar que o sistema de controle adotado pelo Brasil é misto ou dual, conjugando o modelo americano de controle difuso, em que qualquer juiz ou tribunal pode declarar determinada lei ou ato normativo inconstitucional, e o modelo austríaco ou concentrado, pelo qual se questiona a lei em tese ou ato normativo diretamente no STF, sem apreciar situações individuais.

Em regra, pela via de exceção (difusa), os efeitos da sentença são restritos às partes (*inter partes)* e retroativos *(ex tunc).* Mas se a ação chegar até o Supremo por meio de Recurso Extraordinário, a Constituição possibilita que o Senado, discricionariamente, suspenda a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF[27]. Essa suspensão dará a decisão efeitos oponíveis a todos (*erga omnes)* e prospectivos (*ex nunc).*

Ocorre que o Min. Gilmar Mendes defende que, em virtude do tratamento constitucional, da amplitude conferida ao controle abstrato de normas e da possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, a própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado (concepção clássica da separação de poderes) estaria hoje ultrapassada. A declaração de inconstitucionalidade emitida pelo Supremo, seja pela via principal, seja pela via incidental, por si só, atribuiria caráter de oponibilidade a todos, restando ao Senado dar "simples efeito de publicidade" por meio da publicação da decisão no Diário do Congresso[28].

---

[27] CF/88, Art. 52, inciso X.

[28] "Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a **fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade**, ou seja, **se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais**, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia *erga omnes* que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP." (Inf. STF nº 454, Rcl 4335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.02.2007)

Trata-se, no entanto, de posicionamento muito recente e pendente de pacificação. Se prevalecer essa tese, haverá autêntico exemplo de mutação constitucional informal, por meio da atribuição judicial de novos sentidos e conteúdos até então não ressaltados.

Há quem questione a impropriedade da referida tese, vez que a Emenda Constitucional nº 45/04 criou a figura da súmula vinculante, expediente que permitiria legitimamente ao Supremo atribuir esse mesmo efeito geral, de ofício ou por provocação, às suas decisões em sede de controle difuso. Ocorre que o Art. 103-A da Constituição exige que haja reiteradas decisões sobre matéria constitucional, além do *quorum* qualificado de dois terços. Claramente se presta a barrar a subida de recursos e pulverizar tantos outros que se encontram à espera de deliberação, integrando o movimento de desobstrução e especialização do STF. A relevância - e de certa forma, o perigo - da fixação da atribuição de efeitos *erga omnes* em controle difuso, independente da atuação, repita-se, discricionária do Senado, é que um único acórdão, julgado com *quorum* de maioria, poderia justificar uma abrangência tão ampla, refletindo direta ou indiretamente em toda a sociedade.

Não menos interessante é o posicionamento do Supremo com relação aos efeitos temporais de suas decisões. A bem da verdade, o Art. 27 da Lei 9.868/99, que regulamenta o procedimento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade, facultou, em sede de controle concentrado, a restrição de efeitos da sentença que poderão ser prospectivos ou condicionados ao trânsito em julgado ou a outro momento, por razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, dependente de decisão da maioria de dois terços dos ministros.

Todavia, não há a mesma previsão para o controle difuso. É que a declaração de inconstitucionalidade equivale à nulidade da lei, sendo esta banida do ordenamento jurídico. A princípio, não seria aceitável a subsistência de efeitos de uma lei que não é lei, porque é inconstitucional. Mas idênticas razões que permitiriam ao Supremo diferir no tempo os efeitos da decisão em ADI e ADC, também hão de ser analisadas no controle incidental e com muito mais propriedade, tendo em vista que visam à resolução de situações jurídicas inconstitucionais já consolidadas.

Assim, merece destaque o *leading case* RE 197.917/SP, relatado pelo Min. Maurício Corrêa, publicado no DJ de 07.05.2004. Tratava-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo visando reduzir o número de vereadores da Câmara Municipal do Município de Mira Estrela de 11 para 9, sob a alegação que o dispositivo da lei orgânica que fixara o primeiro *quantum* não só causava prejuízo ao erário como também ofendia o critério proporcional previsto no Art. 29, inciso IV, alínea *a*, da Constituição Federal. Chegando o caso ao Supremo mediante recurso

extraordinário, entendeu o Pleno que, apesar da flagrante inconstitucionalidade do dispositivo, a declaração de nulidade com seus normais efeitos *ex tunc,* resultaria em grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevaleceram, no caso, os princípios da segurança jurídica e do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos *pro futuro* à declaração incidental de inconstitucionalidade.

Posteriormente, muito embora ocorrendo com notável freqüência, firmou-se na jurisprudência da Corte a orientação de que a modulação temporal dos efeitos de decisões oriundas do controle difuso somente se dá em situações extremas e quando expressamente deliberada[29].

2.1 EFEITO VINCULANTE EM CONTROLE CONCENTRADO E EM CONTROLE DIFUSO?

O Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, prescreve que os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, bem como a apreciação de questão prejudicial decidida incidentemente no processo - à exceção da hipótese do Art. 470 (requerimento expresso, juiz competente e pressuposto necessário para o julgamento da lide) do CPC - não fazem coisa julgada[30].

Ainda assim, doutrina, no rastro de votos vanguardistas, vem introduzindo paulatinamente suposta vinculação à *ratio decidendi* de julgados em sede tanto de controle abstrato quanto de controle difuso, utilizando os expressivos argumentos da força normativa da Constituição, do princípio da supremacia da Constituição e sua aplicação uniforme a todos os destinatários, da posição do STF de guardião da Constituição e seu intérprete máximo, bem como da dimensão política de tais decisões[31].

No primeiro caso, em processo de fiscalização normativa abstrata, o efeito vinculante se estenderia para além da parte dispositiva do julgamento, atingindo as razões que fundamentaram a sentença por uma questão de modo interpretativo. Já que cabe ao Supremo a guarda da Constituição e lhe é atribuída a faculdade de estabelecer interpretação conforme ou de declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ambas com expressa

---

[29] No mesmo sentido: **AI-AgR 557237/RJ, Rel.Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. 18.09.2007, DJ 26.10.2007;** AI-AgR 651269/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. 06/11/2007, DJE-157 06.12.2007, DJ 07.12.2007.

[30] Vide Art. 469, *caput* e incisos I e III, do CPC.

[31] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 182-186.

previsão de efeito vinculante (Art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99), a transcendência das razões de decidir estariam no cerne daquele *modus* interpretativo.

A tese é dissonante no próprio no Supremo, conforme se percebe nos seguintes excertos:

> Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, **no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da "transcendência dos motivos que embasaram a decisão" proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria "ratio decidendi", projetando-se, em conseqüência, para além da parte dispositiva do julgamento, "in abstracto", de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.**
> Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de Ives Gandra da Silva Martins/Gilmar Ferreira Mendes ("O Controle Concentrado de Constitucionalidade", p. 338/345, itens ns. 7.3.6.1 a 7.3.6.3, 2001, Saraiva) e de Alexandre de Moraes ("Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", p. 2.405/2.406, item n. 27.5, 2ª ed., 2003, Atlas). (Inf. STF nº 379, relativo a Rcl 2986 MC/SE, Rel. Min. Celso de Mello, 17.03.2005.) (negrito nosso)
> **O Plenário deste Tribunal ainda não fixou entendimento no sentido de afirmar a transcendência das razões de decidir no controle concentrado de constitucionalidade.** A discussão foi recentemente reaberta na RCL n. 4.219, mas o julgamento ainda não se encerrou. Embora alguns Ministros já tenham manifestado suas conclusões sobre o tema, nos seus votos ou mesmo nos debates orais, o julgamento será retomado em breve. (RCL 5131/CE, Decisão do Rel. Min. Eros Grau negatória de liminar, DJU 22.10.2007) (negrito nosso).

Mais ousada é a posição do Min. Teori Albino Zavascki, do Superior Tribunal de Justiça, porque atribui efeito vinculante, dantes reservado ao controle abstrato cuja legitimidade ativa é restrita àqueles constantes no rol do Art. 103 da Constituição, às decisões incidentais, cujo questionamento pode ser feito por qualquer das partes.

> A inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade *ex tunc* do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito. **Embora tomada em controle difuso, a decisão do STF tem natural vocação expansiva, com eficácia imediatamente vinculante para os demais tribunais, inclusive para o STJ** (CPC, art. 481, § único), e com a força de inibir a execução de sentenças judiciais contrárias (CPC, art. 741, § único; art. 475-L, § 1º, redação da Lei 11.232/05)." (REsp 82106/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, j. 02.05.2006, DJ 15.05.2006). (negrito nosso).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro e guardião da Constituição, conquanto não se enquadre como corte constitucional típica, dadas as suas funções não exclusivamente de jurisdição constitucional, exerce um papel de inegável importância na ordem jurídica pátria.

Para além da garantia e fiscalização da boa aplicação das normas jurídicas pela Administração Pública e pelos tribunais inferiores, a função de um corte de decisão de conflitos constitucionais é também modernizar o direito, adaptando-o às condições sociais, econômicas e políticas em vigor. Mais que dar efeito aos preceitos ínsitos na Constituição, as decisões oriundas daquela é que garantem ou não a legitimidade dos atos estatais e particulares na medida em que os confronta com as aspirações de justiça e segurança.

Embora muito polêmicas e ainda carecedoras de pacificação, em face dos diferentes prismas a que são submetidas, as decisões com efeitos *erga omnes* e vinculantes oriundas do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que tange à fiscalização de leis e atos normativos, fazem insinuar entre nós um vislumbre daquilo que os Estados adotantes do sistema de *common law* chamam de precedente judiciário. O precedente judiciário, vale ressaltar, ao contrário do que se tem difundido, não visa obstar novas discussões sobre o tema, mas antes buscar uniformizar o entendimento de modo a evitar as decisões diametralmente opostas tão comuns no âmbito do Judiciário, que mais fazem gerar a insegurança jurídica e o sentimento de injustiça do que pacificar os conflitos sociais.

O efeito vinculante não atinge o Legislativo, hipótese que obstacularizaria a própria renovação do ordenamento jurídico. Também passa ao largo do próprio STF, que pode rever suas decisões, suspendendo e cancelando por meio de reclamação, cabível nas hipóteses dos Arts. 102, inciso I, alínea *l* (para fazer respeitar a autoridade de suas decisões) e 103-A, § 3º (súmula vinculante).

A questão das "criações" como a modulação temporal dos efeitos da decisão em sede de controle difuso ou de um "efeito transcendente dos motivos determinantes" não se encontra bem sedimentada, mas tem o poder de provocar o debate, de tornar o direito vivo, aberto às situações fáticas que se vão proliferando em torno dele a exigir a devida regulação. É a realidade que bate à porta do Judiciário e a qual não se pode ignorar, seja por questões de segurança jurídica, seja porque esbarra no interesse público ou mesmo para garantir a eficácia de preceitos constitucionais.

Sendo assim, os ministros do STF fazem o direito último com seus votos e fundamentações que não deixam nada a dever às melhores deliberações oriundas de cortes internacionais, na busca da legitimação social de suas decisões, ainda que não se tenha a pretensão de suscitar entre nós a

máxima do Juiz Hughes: "*We are under a Constitution but the Constitution is what the judges say it is*"[32].

Como há muito caiu em desuso o brocardo latino *in claris cessat interpretatio*, impende ao julgador – e com maior propriedade, ao derradeiro julgador - o exame das condições fáticas e a ponderação dos valores envolvidos a fim de que não seja a própria norma jurídica o motivo da tirania.

Por fim, vale salientar que a relevância dos acórdãos do Supremo consiste não na possibilidade de terminar o conflito por meio de uma resolução ótima, mas, por solucioná-lo, pondo-lhe um fim e impedindo a sua continuação. Inobstante a repercussão social e jurídica das decisões do Supremo, a doutrina tem conferido força meramente indicativa à jurisprudência, posição que não merece perseverar em virtude dos efeitos *erga omnes* e vinculantes observados naquelas. Tais decisões, por oportuno, fazem vislumbrar um direito judicial a merecer maiores reflexões por parte do operador do Direito.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo e a evolução do direito.** São Paulo: Ed Nacional de Direito, 1956.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11. ed. São Paulo: Método, 2007.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira (estudo de casos - abordagem interdisciplinar).** Fortaleza: ABC Fortaleza, 2001.

MELLO FILHO, José Celso de. **Notas sobre o Supremo Tribunal Federal (Império e República).** 2 ed. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

[32] Tradução livre: "Estamos abaixo da Constituição, mas a Constituição é aquilo que os juízes dizem que é" Cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 315.

DESAPROPRIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA E EFETIVIDADE DO DIREITO À TERRA E A MORADIA

THIAGO MENEZES DE OLIVEIRA[33]*

Resumo

O artigo analisa o Direito de propriedade, considerando a influência do poder econômico sobre os institutos legais que protegem a propriedade individual na Sociedade Moderna. O artigo aborda o direito de propriedade sob a ótica dos Direitos Humanos, considerando os institutos de direitos humanos e do Direito Constitucional que protegem o direito à moradia e a terra. Ele tenta desafiar os paradigmas liberais, partindo dos direitos individuais para os direitos sociais, questionando o papel do princípio constitucional da função social da propriedade.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direto à terra. Direito à moradia; Propriedade Privada. Desapropriação.

Abstract

The present work analises the right of property, considering the influence of economic power over the legal institutes that protects the individual property in Modern society. It aproaches the right of property in a Humanitarian way, through Human Rights Laws and Constitutional Laws that protects housing right and land rights as property rights as well. It tries to face a liberal paradigma, moving from individual rights of property to social rights, asking where the constitucional principal of social function of property stands, which roles it has in protection of the property .

Keywords: Human dignity. Human habitation right. Land rights. Property privy. Disventiture of property.

Introdução

A busca pelo acesso à terra e à moradia é também a luta pela efetivação de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (Desc). É econômica por se tratar da subsistência da população atingida pela falta de moradia, pela necessidade da terra para a garantia da alimentação da sociedade brasileira em geral, bem como pela dominação das terras e das propriedades urbanas por uma pequena parcela de pessoas. Social, já que versa a respeito da luta de classe aqui representada pelo embate no campo e na cidade: latifundiário e agricultor, proprietário e sem-teto, respectivamente. Cultural, uma vez que se trata da cultura popular, costumeira, que deve ser preservada em seu *habitat* histórico, seja o campo ou a cidade. Ambiental, devido à ocupação de pessoas de alto poder aquisitivo na ocupação de

[33]* Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

áreas de proteção ambiental na cidade – enquanto a população pobre mora em bairros distantes ou no entorno da cidade; no campo, a agroindústria utiliza o solo de forma não-responsável em larga escala – ao contrário de muitas famílias assentadas que são orientadas a plantar em regime de rodízio de cultura, além de implementar o plantio em curvas de nível quando necessário, entre outras técnicas utilizadas.

Dado o embate social em torno do espaço urbano e rural – que perpassa desde a luta pela moradia até o reconhecimento de comunidades tradicionais no interior do Estado do Ceará, é importante que a academia, mormente o curso de Direito, atente-se para a forma de resolução desse conflito. Nesse sentido, é preciso que se verifique a utilização de instrumentos previstos constitucionalmente a partir de casos vivenciados no Estado do Ceará.

Fortaleza é capital de maior densidade demográfica do país com 7.899,4 hab/km², em um total de 2.473.614 habitantes, de acordo com a estimativa populacional de 2008, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Estima-se que há um déficit habitacional que varia de 77.615 a 160.000 unidades na Região Metropolitana de Fortaleza.

Segundo a agência de notícia virtual *Agência Brasil*, a agricultura familiar "é a responsável hoje por uma parcela grande da produção de alimentos da população brasileira. 'Quando falamos de produtos típicos da mesa do brasileiro, como mandioca e feijão, falamos de mais de 70% que vem da agricultura familiar. Quando falamos de agricultura em geral, 37% de tudo o que se movimenta no Brasil vem dos 4 milhões estabelecimentos e 12 milhões de trabalhadores da agricultura familiar que existem no país' (Brasília, sexta-feira, 10 de novembro de 2006)".[34]

É nesse contexto de desigualdades e contradições que o Direito é exercido enquanto práxis. O mesmo direito que define a propriedade privada como um direito individual fundamental, assim define a moradia, o trabalho, a educação, a saúde, etc. É também essa ciência da práxis quem atribui a função social da propriedade, delimitando a importância da nova hermenêutica jurídica[35], como sistema de regras e princípios.

Direito e Ideologia

O Direito é imposto ao povo sob o formato de lei, a qual não é discutida pelos seus destinatários. A lei assim expressa compõe uma forma de dominação que desconsidera a construção e constituição social cotidiana, pois não emerge do seio comunitário, ou não acompanha a dinâmica

[34] Disponível em: http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2006/10/15/materia.2006-10-15.5097663057/view. Último acesso em 05/10/2008.

[35] Cf. MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

da realidade social. Torna-se distante do povo. O Estado só se faz presente na hora de punir[36] ao menos abastados economicamente ou privilegiar aqueles que já gozam de privilégios[37].

Essa prática de Direito é distante do povo e permeia caráter de exclusão/inclusão classista. Maria Eliane Menezes de Farias[38] afirma que:

> A lei é, dessa forma, a expressão verbal da normatividade de uma dominação que em verdade é exercida para manter ou colocar no poder uma determinada elite. O motivo subjacente infra-estrutural é, sempre, de natureza econômica – criação, amparo e fortalecimento de privilégios; e o Direito surge como instrumento para a manipulação dessa realidade.
> Essa é a razão pala qual a visão do Direito, como um mero sistema normativo, tem se revelado frustrante do ponto de vista da efetivação de seus fins mais nobres (...).

Implica dizer que o Estado inclui (melhor dizer mantém) uma classe numericamente minoritária no poder e exclui outra, no processo de formação do Direito e efetivação de suas garantias constitucionais. Não se afirma o mesmo, entretanto, em relação ao sistema penal, dado o caráter classista desse direito, que tem ênfase na proteção do patrimônio, propriedade privada. O Direito expresso apenas de forma dogmática é distante da realidade da maioria do povo, afastam-se os juristas dos conflitos sociais postos ao negarem a dominação ideológica, mantendo, conseqüentemente, o *status* de dominação.

Vejamos o que diz Antônio Carlos Wolkmer[39] a respeito do indivíduo, da sociedade e do Estado:

> O homem, enquanto realidade histórico-social, tende a criar e a desenvolver, no contexto de um mundo natural e de um mundo valorativo, formas de vida e de organização societária. A espécie humana fixa, na esfera de um espaço e de um tempo, tipos e expressões culturais, sociais e políticas, demarcadas pelo jogo dinâmico de forças móveis, heterodoxas e antagônicas. Cada indivíduo, vivendo na dimensão de um mundo simbólico, lingüístico e hermenêutico, reflete padrões cultuais múltiplos e específicos. Sendo a realidade social o reflexo mais claro da globalidade de forças e atividades humanas, a totalidade de estruturas de um dado grupo social precisará o grau e a modalidade de harmonização deste.

Assim, desponta-se a necessidade de aprofundar no instituto da propriedade privada – reflexo da cultura, da organização social e política, sendo de singular importância, para a formulação

---

[36] Cf. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis, Vozes, 1987.
[37] Ver relatório de Pesquisa sobre Defesa Técnica de Adolescentes em Conflito com a Lei, elaborado pelo Leboratório de Estudos da Vilência (LEV), da Universidade Federal do Ceará, 2007.
[38] FARIAS, Maria Eliane Menezes. **As Ideologias e o Direito**: "O Direito Achado na Rua". Brasíla: Unb, 1988, p.15.
[39] WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p.61.

da justiça social, delimitar seu conceito, bem como defini-lo favorável à maioria a partir do próprio Direito.

Propriedade Privada

Para a necessária compreensão do tema, faz-se necessário agora adentrar o dito direito fundamental à propriedade, exposto no art. 5°, XIII da Constituição Federal de 1988, *in fine*:

> 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:
> (...)
> XXII - é garantido o direito de propriedade;
> XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;
> (...)

Assim, o moderno conceito de direito à propriedade compreende a esfera econômica, uma vez previsto no Título VII capítulo *Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica*, art. 170, II e III, não se resumindo, portanto, a mero âmbito de Direito Privado. A nossa legislação constitucional não foi tão ousada como a italiana e a portuguesa que prevêem a propriedade apenas como instituição de ordem econômica. Os princípios da ordem econômica têm finalidade de garantir existência digna a todos, de acordo com os ditames da justiça social, em conformidade o próprio *caput* do artigo 170 da CF/88.

Nem sempre, entretanto, o conceito de Direito à Propriedade foi assim, até porque inexistem direitos fixos[40] e imutáveis. Ressaltamos que o conceito de propriedade atrelado à função social e à dignidade da pessoa, apesar de positivados, muitas vezes é negado nos Tribunais, sendo comum a utilização de doutrina e jurisprudência desatualizada que ainda tratam a propriedade sob perspectiva meramente civilista.

Outrora, a propriedade ensejava a idéia de direito sob a coisa, ensejando uma relação entre a pessoa e a coisa, caracterizando-se ainda por ser absoluta, exclusiva e perpétua[41]. Ora, não há que se

---

[40] "Como inexistem direitos fixos e universais – a propriedade foi declarada sagrada em 1789 e, nos dias de hoje, a sua socialização é questão superada – a utilização de do Direito Natural evoluiu para a função de arma de combate (...)". FARIAS, Maria Eliane Menezes de. **As ideologias e o direito**: enfim o que é direito?, Brasília, Universidade de Brasília, 1990, p.16.

[41] O caráter absoluto se refere a forma de dispor da coisa, do jeito que quiser; o de exclusividade reporta-se cabe somente ao direito do proprietário, pelo menos em tese; o perpétuo por não perecer com a morte do proprietário, apenas ocorrendo a sucessão, ou seja, não há limitação temporal.

falar em direito decorrente da relação entre pessoa e coisa, porquanto o direito é criação humana e somente o homem e a mulher podem ser titulares de direitos.

Assim, ao se falar em propriedade era necessário desvelar a relação existente a qual enseja os direitos. É aqui que o constitucionalista José Afonso da Silva[42] nos lembra da relação entre um *sujeito ativo*, proprietário, e um *sujeito passivo universal*, composto por todas as outras pessoas, excluído o proprietário. Esse *sujeito passivo universal* tem o dever de respeitar o uso, o gozo e o fruto do proprietário, sem desrespeitar a propriedade, decorrendo, então, a imputação de direito da coisa ao sujeito.

Ainda que se reconheça o avanço na regulação mais palpável desse instituto jurídico, percebe-se a ênfase protecionista à propriedade, uma vez que o modelo de sociedade moderna era baseado no acúmulo de riquezas – fato que ainda perdura no modelo de organização capitalista. É assim que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, eivada do liberalismo, e desconsiderando a organização trabalhadora que ascendia, proclama que a finalidade de toda associação política é a manutenção de direitos naturais e imprescritíveis, entre eles a propriedade, na íntegra: "Artigo 2º - O fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses Direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".

Ademais, a acepção aqui tratada possui uma visão reducionista da propriedade, pois não supera a centralidade da relação individual do proprietário com a coisa. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 insistiu em afirmar que a propriedade estaria regulada apenas com pouquíssimas limitações, tendo como medida apenas assegurar o exercício dos direitos dos outros indivíduos. A exceção seria manifestada apenas com a "necessidade pública legalmente comprovada". Ou seja, a intervenção estatal na propriedade só seria aceita em casos calamitosos que apresentasse prejuízo aos indivíduos da sociedade, pois esse é o mister do fim público. Na carta universal de 1789, não importa a forma do uso da propriedade:

> Artigo 17º - Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização.

Muito presente é o caráter de direito natural atribuído à propriedade, sem a prerrogativa apenas de influir no exercício do direito do outro, devendo "exercer o direito na medida do exercício

[42] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

dos direitos dos outros" [43]. Com a aplicação da teoria do abuso do direito, das limitações negativas e das imposições positivas, chega-se a limitações do direito à propriedade que deve ter uma função social.

Função Social da Propriedade

O conceito de função social não tem determinação legal expressa ou consensual, uma vez que esse instituto da propriedade tem fundamento de acordo com o modo de produção. Assim, nem a doutrina, nem a jurisprudência, determinou o limite e alcance desse instituto. A lei, entretanto estabelece alguns critério para mensurar o cumprimento ou não da função social. De acordo com a Constituição Federal de 1988, a propriedade urbana atenderá a função social:

> Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes.
> (...)
> **§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.** (Grifo nosso)

A mais, em relação à propriedade agrária:

> Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
> I - aproveitamento racional e adequado;
> II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
> III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
> IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A intervenção estatal na esfera privada mostrou-se necessária, pois essa intervenção é indispensável para regular a atividade do proprietário que muitas vezes ocupa espaço importante na cidade ou no campo, demandando, portanto, o respeito aos outros. Essa intervenção se exprime numa espécie de ação do poder de polícia, que somente o Estado pode exercer.

---

[43] Essa expressão constitui-se como conceito indeterminado, principalmente quando analisado factualmente, uma vez que até hoje o trabalho escravo não é motivo que enseje perda de propriedade, mesmo com clara restrição ao exercício de direito à liberdade do outro. Veja-se o PEC 438, em tramitação no Congresso Nacional.

Do Direito à Desapropriação

A desapropriação é um instituto que limita a propriedade, entendendo-se assim por alterar características essenciais desse direito. De acordo com José Afonso[44], a limitação é gênero de qualquer interferência de caracteres de direito, decorrendo de qualquer gênero de direito – público ou privado, portanto. Constitui-se, nesse sentido, a desapropriação como uma espécie de limitação contra uma característica específica, qual seja o caráter perpétuo da propriedade.

O Código Civil de 1916 previa que a propriedade se presume ilimitada, no art. 527, definindo que um de seus caracteres era ser perpétuo. Se não veja: "Art. 527 - O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário"

Assim, aquele que detinha a propriedade a possuía, presumivelmente, por tempo ilimitado. A redação alterada pelo novo Código Civil de 2002 suprimiu o termo "ilimitado" exposto na velha lei civilista brasileira: "Art. 1.231 - A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário".

O caráter perpétuo da propriedade foi suprimido. Entrementes, a boa-fé do proprietário ainda é defendida como presumida, devendo qualquer questionamento ser provado pela parte que o alega. De tal sorte que se presume a propriedade plena e exclusiva, no nosso sistema normativo.

A desapropriação surge quando o Poder Público estabelece a transferência obrigatória da propriedade particular seja para seu patrimônio ou de seus delegados. E pode essa transferência ocorrer mediante *necessidade pública*, ou por *interesse social*, no preceito do art. 5° XXIV. O texto constitucional prevê ainda que, do advento da desapropriação, ocorre a *justa e prévia indenização*, com títulos da dívida pública ou da dívida agrária, conforme for a natureza da propriedade.

Ressaltamos a importância dessa garantia constitucional, uma vez que essas regras prontamente aplicáveis devem se fazer valer factualmente. Muitas vezes, o Judiciário brasileiro está intimamente ligado à proteção da propriedade privada. Fato que não é de se gerar tanta estranheza, tendo em vista a não-neutralidade dos juizes[45] e a posição social que ocupam.

Paulo Bonavides[46], a despeito da defesa de Direitos individuais, afirma:

> Ficavam estes – os direitos individuais – sempre gravados, juntamente com as garantias constitucionais, nas famosas "declarações de direitos". Mas como assinalou Rui Barbosa, com toda a precisão essas declarações não exauriam outras garantias de lei maior, não vinculadas propriamente a direitos individuais. Vinculam-se, sim, ao funcionamento de instituições ou de órgãos do poder público.

[44] SILVA, José Afonso. Op. cit.
[45] HERKENHOFF, João Batista. **Movimentos Sociais e Direito**. Livraria do Advogado, 2004.
[46] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 490.

De certo, a defesa de direitos não se resume aos direitos individuais positivados, devem ser concretizados interesses maiores da coletividade, positivados ou não. Entretanto, com todo o respeito, aqui se advoga a tese de que o ilustre Professor Bonavides não foi tão preciso na assertiva transcrita. As garantias da Lei Maior de nosso país não podem ser asseguradas apenas através do funcionamento das instituições e órgãos do Poder Público, quando se fala na defesa dos direitos coletivos e transindividuais. Direitos de natureza plural podem ser garantidos com respeitos a organizações autônomas e independentes do povo[47], sem o aval ou qualquer intervenção estatal, com uma prática pluralista, a partir da compreensão do pluralismo jurídico[48].

Conclusão

A propriedade privada é instrumento jurídico-político que se situa no marco histórico da Modernidade. Foi a partir de seu conceito e proteção que muitas iniqüidades sociais se perpetraram e perpetram. Podem ser citados como exemplos: a exclusão do acesso à terra a milhares de pessoas, o não-acesso à moradia urbana[49], bem como a violação à dignidade da pessoa humana, por direito básico, qual seja a alimentação; contrapondo-se ao favorecimento e enriquecimentos de latifundiários, da agroindústria e dos especuladores imobiliário. Esse fato é possível, porquanto a propriedade é protegida juridicamente, é apresentada como algo que todos podem ter acesso, bastando o esforço individual e é "respeitada"[50] com a segurança pública ou privada.

Assim, clarificado está que a propriedade está imersa nos conflitos sociais cotidianos, tanto da cidade quanto do campo. Daí decorre a maior necessidade de se aprimorar o instrumento de desapropriação, quando nos deparamos com a exploração imobiliária citadina e o desfazimento da agricultura familiar, bem como com a aliança pela luta por direitos no campo e na cidade.

É inconcebível que a legislação pátria continue a restringir a intervenção estatal na propriedade apenas nos casos previstos na legislação vigente. A desapropriação não tem caráter punitivo, tanto que há previsão de prévia indenização, pode-se sim dar um salto de qualidade e interpretar-se esse instituto como forma de concretização de direitos coletivos. Assim, defende-se a garantia de uma hermenêutica constitucional que considere relevantes os princípios, não em

---

[47] Entendemos organizações autônomas e independentes do povo as referentes a movimentos populares e sociais que não sejam cooptados pelo poder público, independente de constituírem, ou não, pessoa jurídica.

[48] WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

[49] Como nos referimos na Introdução do presente artigo, o déficit habitacional de Fortaleza beira a 2,5 milhões.

[50] O respeito à propriedade privada não é absoluto, pois muitas são as ações que exigem direitos através da ocupação, por exemplo.

detrimento das regras mais específicas, mas garantindo a validade das regras gerais que estão em harmonia.

Ressalta-se que não há, entretanto, que se dar ênfase à indenização, visto que existem aberrantes casos em que o valor indenizado é extremamente superior ao avaliado – fato que permite a inferir que a máquina estatal ainda pertence à elite[51].

Cabe aos movimentos populares, em articulação com o movimento social e os militantes do direito, quebrar o paradigma da desapropriação. Tem-se em vista um grande desafio dentro da disputa do Estado, qual seja o de inverter a proteção do direito para a maioria do povo que é desprovida de propriedade privada. Tornando regra a garantia da dignidade da pessoa humana, da moradia e da terra, diante de conflitos fundiários que envolvem toda uma coletividade.

Referências Bibliográficas

ALFREDO, João. **CPMI da Terra.** BRASÍLIA: Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Reforma Agrária e Urbana – CPMI DA TERRA, Novembro de 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2001.

CINTRA, Antonio Castro de Araújo; DINAMARCO, Candido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini. **Teoria Geral do Processo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIREITOS Humanos no Brasil 2007. Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos.

FARIAS, Maria Eliane Menezes. **As Ideologias e o Direito:** "O Direito Achado na Rua". Brasília: Unb, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREIRE, Paulo. **A Educação como Prática da Liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 38 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e Utopia**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____. **Movimentos Sociais e Direito**. Livraria do Advogado, 2004.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito?** Rio de Janeiro: Brasiliense, 1982.

[51] Vide caso de desapropriação para a construção de uma escola na Praia do Futuro em Fortaleza, que a indenização paga foi em torno de 2 milhões de reais, num área em região de desvalorização imobiliária. Ressalta-se que a família a que pertencia o terreno imobiliário tem forte influência econômica.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** v. 1. 12 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**, 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo,** 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, estado e direito,** 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. **Introdução ao Pensamento Jurídico** Crítico. 23 ed., São. Paulo, Acadêmica, 1995.

_____. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito.** 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

How Presidential Elections are Decided: The case of the 2002 Brazilian presidential elections and the 2008 American Presidential Elections

RAFAEL BENEVIDES BARBOSA GOMES[52]*

ABSTRACT
Political elections seem to be such a complex process within the realm of democracy that they deserve the appropriate attention of political science. It is crucial to understand the pragmatic position that candidates have to adopt nowadays if they want to win. During this article I intend to show the importance of a real pragmatic position in a successful political campaign. Two cases will serve as an empirical basis to my point: the 2002 Brazilian presidential elections and the 2008 presidential election in the United States.

Keywords: Presidential Elections. United States. Brazil

RESUMO
Eleições são um processo de tamanha complexidade dentro do panorama democrático que merecem uma atenção especial da ciência política. É crucial entender a posição pragmática que deve ser adotada por candidatos hoje em dia para que se possa ganhar uma disputa eleitoral. Ao longo desse artigo, tento mostrar a importância de uma verdadeira posição pragmática para uma campanha política de sucesso. Dois casos servirão de base empírica para a conclusão: a eleições presidencias Americanas de 2008 e a eleição presidencial brasileira de 2002.

Palavras-chave: Eleições Presidenciais. Estados Unidos. Brasil.

Democracy and its several segments

It is known that democracy comprises the coexistence of several moral systems and political positions. The very notion of tolerance is inherent to this political regime, and minorities hold the right not only to maintain its positions through the individual rights of political freedom, but also to transform its consensus into a majority belief. That is why a democracy can be measured by the level of respect it offers to minorities.

However, minorities are not capable of winning an election, and candidates need to have a pragmatic position towards voters and democracy, in order to hold real chances of winning a presidential election. Presidential candidates, in special, can increase their chances of winning an election when they become capable of conquering the support of several different segments of society.

Furthermore, political parties, which are social organizations representing different spheres of society, can be strong supporting allies for a candidacy, specifically in the Brazilian case, which is a

[52]* Aluno da Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza.

political system offering real chances for small parties to seek power with public financing to several needs.

If a critic to the model of American democracy was to be made, a possible argument would be the one against the marginalized status held by small political parties in the United States, such as the green party or the libertarian party, who often present presidential candidates[53]. The system has been built in such a way that small parties cannot compete in the same level of the two major big parties. Political elections become a one-on-one struggle between democrats and republicans, especially during the presidential elections. And this struggle favors the use of major theories, especially those connected to the economical analysis of politics.

One of those theories is the *medium voter theorem*, which explains the importance of independent voters (medium voters) in the outcome of an election between two candidates. According to Mikey Kaus, a well-know political journalist from *Slate Magazine*, both 2000 and 2004 American presidential elections were decided by independent voters, thus, by the medium voter[54]. This theory was first developed by Duncan Black, in his 1948 article entitled "On the Rationale of Group-decision Making". His thought was deeply introduced into practice by political analyst Anthony Dawns. It concerns the importance of medium voters and their crucial role in deciding elections. This theory is especially relevant to American Presidential elections. It will help me to explain how elections are decided.

The United States experience

The 2008 presidential race between Barack Obama and John McCain appears to be on the same track. Battleground states, or swing states, like Michigan, Florida, Missouri, Colorado and Ohio, will be crucial states that will define the winner. Both candidates should not only concentrate their efforts in those states, but also in undecided voters.

Undecided voters usually have their political positions closely related to the centre, namely, a mix between conservative and liberal positions[55]. These voters have, for example, a view in favor of the existence of global warming but they are at the same time opposed to Roe v. Wade. They have tough positions towards a conservative foreign policy but are not sympathetic to more tax cuts for wealthy Americans.

---

[53] Ralph Nader is the most known Quixote of American politicians. Along with him, Ron Paul, who ran for the republican nomination in 2008, was the libertarian party presidential candidate in 1988.

[54] KAUS, Mickey. **Fifty-Fifty Forever**: Why We Shouldn't Expect America's Political "Tie" to be Broken anytime soon. Slate Magazine, Nov. 24, 2004. In: http://www.slate.com/id/2073262/

[55] WEISBERG, Jacob. **McCain and Obama***:* How the Front-runners are alike. Slate Magazine., Jan. 7, 2008. In: http://www.slate.com/id/2181521/ The Man who Made McCain.

A presidential candidate will be able to conquer those votes if his/her position is shifted to the centre, moving away from being too liberal or too conservative. That is why John McCain was the appropriate candidate for a republican victory in November, since his own bipartisan reputation in the senate owed him the nickname of 'maverick[56]'.

In the case of Barack Obama, he was actually a more liberal candidate than his main contender, Hillary Clinton. However, after he nailed the democratic nomination, Obama started moving softly to the center. He (1) changed his mind on Public Financing, (2) He called constitutional a Supreme Court Decision that ruled unconstitutional a bill that weakened the possession of guns in the District of Columbia – even though the candidate himself defended a financed researches that advocated the unconstitutionality of the second amendment, (3) He altered his discourse on the war in Iraq and the return of the troops, (4) Supported a bill that brought more liberty in calls interception, (5) Spoke in favor of the death penalty for child rapists.

Another important Obama declaration was made in favor of the late Israel prime minister, who was referred by the democratic candidate as being an essential part of peace process in the region. The reason is the important role that Jewish voters have in states like Florida and New York[57] – states where he was defeated by Hillary Clinton.

Such attitude was thought to bring him more support from conservatives and independents that were not sure about his candidacy. However, what happened was the opposite, he lost support in the beginning.

I believe there is another important reason for that, and this is an important point in my article. What happened was not a loss of liberal support from Obama, but McCain who gained more support from independents in the period. In the article "Five reasons why McCain pulled ahead", David Kuhn says that the republican candidate renewed his candidacy with his vice-presidential choice, Sarah Palin, gaining support among white women. Because of her conservative positions, it is not clear if McCain gained more conservative support or a support from independents, according to the polls. What is clear is that: in order to gain an election, the more you get support from several types of voters, the more you increase your chances of winning an election.

That is the basic principle of democracy: majority. To conquer the majority's support, it is necessary to seduce all kinds of voters and political ideologies. Being in the centre is the easiest way to do that. Therefore, a pragmatic position is necessary. Even though a candidate does not hold the

---

[56] BARONE, Michael and COHEN, Richard. **Almanac of American Politics** *(2008)*, 95 (National Journal 2008), p.134. And also, see ROBB, Robert. Is John McCain a Conservative?, RealClearPolitics (2008-02-01). Retrieved 2008-02-01.

[57] THOMAS, Evan. Newsweek, **A Memo to Senator Obama**. June 02, 2008 Issue. In: http://www.newsweek.com/id/138611/page/1

features of a political centrist, he needs to play a campaign under such centrist principles, if he wants to win. That is the case for American presidential elections, since there is no clear majority in the country, but instead a divided nation.

The case of Brazil

In Brazil, things have to be played differently than in the US. The country is a place where several competitive political parties coexist. The two major parties, the Labour Party (Partido dos Trabalhadores – PT), of current President Lula da Silva, and the Social Democratic Party of Brazil (Partido Social Democrata Brasileiro – PSDB), the party of former president Fernando Henrique Cardoso, are the biggest ones in the country.

Because of no clear division between conservatives, liberals and other political ideologies, a campaign position should not hold the same concerns held in American elections. In Brazil, presidential candidates shall be equally concerned with gathering the majority's support, but this goal is achieved by focusing on two main social segments: workers and businessmen.

During his first presidential candidacy, Lula had the support of workers, who were very well connected with his party. However, his socialist convictions made the private sector concerned, since the country and its investors were interested in the creation of a free market economy. He ended up losing that campaign especially because of the lobbying made by businessmen and big companies that were against his political platform.

President Fernando Henrique Cardoso's two consecutive terms were tough to beat. Cardoso's economic policies, started when he was still the finance minister, which ended inflation, promoted the privatization of national companies and opened doors to the creation of a free market economy that met the goal of the private sector. His policies were also deeply influenced by his own academic thought. During the seventies, his book on the dependency theory basically talked about the beginning of globalization[58], and the need for developing countries to follow that trend.

Therefore, gathering the support of this crucial sector was hard to Lula, since businessmen were satisfied with the present government. The average citizen could not complain as well. Since inflation was no longer a problem, their salaries had its value improved: the Real (currency) meant a better purchasing power – one Real could virtually buy a Dollar.

However, with the end of Cardoso's second term came the 2002 presidential elections. Lula was going to try it for the fourth time. He clearly changed his approach to the country's situation. His staff was optimized and his image recycled. Moreover, there was another important detail: he

[58] CARDOSO, Fernando Henrique. **The Accidental President of Brazil**. Public Affairs, 2006, p.98.

seemed to have gained the support he had previously failed to accomplish. The only well-know evidences for that hypothesis are two: a manifesto called "Cartas aos Brasileiros" (Letter to the Brazilian People) and the alliance with the Brazilian Liberal Party.

In 2002, Lula expressed his plans for Brazil in the form of a letter to all Brazilians. One of his main commitments uttered by the document was the promise to keep paying the Brazilian foreign debts and to maintain the primary surplus. In fact, his government was and has been the maintenance of Cardoso's successful economic policies, but with bigger success.

Another point was the support of the Brazilian Liberal Party, where he found his running mate: former businessmen and current vice-president José Alencar. The presence of someone with considered economic experience and with roots on the private sector brought even more trustiness to the ticket. Lula was elected and defeated Cardoso's candidate, José Serra, one of his former ministers.

My main point here is to prove that Lula was able to win the presidential election of 2002 because he switched some points of his original political position. By doing so, he was able to conquer the support of social segments that seemed crucial to achieve a victory and the necessary political support he would need during his term.

A General Rule for Democratic Elections

Another factor is even more important and general than the medium voter theorem or the importance of political parties support, and it can be used to the reality of any democratic regime, including Brazil and the United States. That factor is the one concerning an inherent feature of democracy: its conservatism.

The word conservatism here is not used in its common sense, namely, regarding political or moral values, but instead to express the original idea of it: the willingness to keep what has been working.

According to Brazilian political analyst Alberto Carlos Almeida[59], voters tend to maintain policies that have already worked for them. The case includes the reelection of Presidents Fernando Henrique Cardoso, in Brazil, and George W. Bush, in the United States. Cardoso was able to stabilize the country's economy and provide a free market that put Brazil in the initial path for economic development. However, economic development should also bring job creation, and that point was not fully accomplished but the end of his second term. That is why his chosen candidate, José Serra, was not able to get elected. Of course, there are lots of other reasons, such as Lula's image change,

[59] ALMEIDA, Alberto Carlos. **Por que Lula?** Rio de Janeiro: RCB, 2006, p. 12-16

the talks his party started to have with FIESP (Federation of São Paulo Industries), among other things. However, if Cardoso's government had ended leaving no concerns about employment, things could have been different. The point here is that the previous government's failures triggered Lula's victory.

The same thing can be applied to the United States. Reagan implemented policies that corrected the Welfare State problems, increased economic growth, and ended up being one of America's most popular presidents. His vice-president became President George H.W. Bush. However, the 1988 economic crisis and the lost of conservative support by Bush, when he did raise taxes after saying he would not do it[60], opened a way to Bill Clinton's victory.

George W. Bush got reelected in 2004 after making national security the main issue of America and showing that was his specialty. Nevertheless, his government will end with low popularity rates and an economic and financial crisis in Wall Street. This happening was exactly what Barack Obama and the democratic party needed to increase their winning chances. I believe that if this rule has a clear point when outlining the importance of conservatism in voter's minds, it will be corroborated by Barack Obama's victory in November the 4th.

Elections represent a major part of democracy, and they create the battlefield of several sectors of society. Success in a political campaign is primarily achieved with the vote of different segments of society, and sometimes that goal has to be achieved with pragmatic positions and a restriction of ideologies.

References

ALMEIDA, Alberto Carlos. **Por que Lula?** Rio de Janeiro: RCB, 2006.

BARONE, Michael and COHEN, Richard. **Almanac of American Politics** (2008), 95 (National Journal 2008). ISBN 0-89234-116-0

BLACK, Duncan. **On the Rationale of Group Decision-making**. In: The Journal of Political Economy, Vol. 56, No. 1, Feb., 1948), pp.23-34. [Stable URL at JSTOR: http://www.jstor.org/stable/1825026 - Accessed: 24/05/2008, 15:09]

CARDOSO, Fernando Henrique. **The Accidental President of Brazil**. Public Affairs, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** Cambridge: Harvard Universty Press, 2008.

KAUS, Mickey. **Fifty-Fifty Forever**: Why We Shouldn't Expect America's Political "Tie" to be Broken anytime soon. Slate Magazine, Nov. 24, 2004. In: http://www.slate.com/id/2073262/

[60] DWORKIN, Ronald. **Is Democracy Possible Here?** Cambridge: Harvard Universty Press, 2008, p.93.

ROBB, Robert. Is John McCain a Conservative?, RealClearPolitics (2008-02-01). Retrieved 2008-02-01.

THOMAS, Evan. Newsweek, **A Memo to Senator Obama**. June 02, 2008 Issue. In: http://www.newsweek.com/id/138611/page/1

WEISBERG, Jacob. **McCain and Obama***:* How the Front-runners are alike. Slate Magazine., Jan. 7, 2008. In: http://www.slate.com/id/2181521/ The Man who Made McCain.

JOGOS DE PODER. CARL SCHMITT ENTRE FATOS E NORMAS

DEYVISON RODRIGUES LIMA[61]*

RESUMO

A proposta deste ensaio é analisar a relação entre poder e normas no realismo político de Carl Schmitt e seus pressupostos ontológicos e epistemológicos. A questão fundamental é a consistência do realismo político de Schmitt ao adotar uma analítica do poder que se expressa na relação agonística entre amigos e inimigos e afirmar pragmaticamente a legitimação das normas a partir dessas relações fáticas. A partir dos textos de Schmitt, levanto as seguintes hipóteses sobre a relação entre poder e normas: o realismo político schmittiano, para ser conseqüente, deve exigir necessariamente uma compreensão anti-realista do conhecimento, afastar a questão epistemológica tradicional e afirmar que as normas são produzidas num contexto sociopratico. Se a vinculação entre realismo político e anti-realismo epistemológico for consistente, como se demonstra na relação entre moral e política, a única forma possível de conhecimento na política é através de um *perspectivismo agonístico*. Além disso, se as relações políticas são relações de força, os jogos de poder criam as normas, que dispensam um fundamento apriorístico e buscam sua legitimidade em alguma forma de poder no interior das relações sociais; então, há o que Schmitt chama de *die normative Kraft des Faktischen* que revela o elemento pragmático da filosofia política schmittiana que não admite nada independente das práticas sociais e dos processos de justificação, ou seja, a leitura pragmática da política que afirma que o normativo tem origem nos lances dos jogos entre as forças.

Palavras-chave: Realismo Político. Perspectivismo. Força Normativa do Fático.

ABSTRACT

The proposal of the essay is to analyze the relations among power and norms in Carl Schmitt's political realism and your presuppositions about ontology and knowledge. The fundamental question is the consistence of the political realism of Schmitt when adopting an analytic of the power that is expressed in the agonistic relationship between friends and enemies and to affirm in a pragmatic way the legitimation of the norms starting from those relationships in facts. Starting from the Schmitt's texts, I lift the following hypotheses about the relationship among being able to and norms: the Schmitt's realism political, to be consequent, it should necessarily demand an anti-realistic understanding of the knowledge, to move away the epistemological traditional subject, and to affirm that the norms are produced in a practical context. If the bond between political realism and anti-realism of the knowledge is consistent, as it is demonstrated in the relationship between moral and politics, the only possible form of knowledge in the politics is through a *agonistic prospect*. Thus if the relations politics are relations of force, the games of power create the norms, that spare *a priori* foundation and they look for your legitimacy in some form of power inside the social relations; then, there is the one that Schmitt fire of *die normative Kraft des Faktischen* that reveals the pragmatic element of the Schmitt's philosophy political that doesn't admit independent of the social practices and of the justification processes, in other words, the pragmatic reading of the politics that affirms that the normative has origin in the throws of the games among the forces.

Keywords: Political Realism. Prospectivism. The Normative Force of the Facts.

[61]* Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará e em Filosofia da Universidade Estadual do Ceará. Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ)

* * *

OBRAS DE SCHMITT - LEGENDA

Der Begriff des Politischen – BP

Die Diktatur – D

Ex Captivitate Salus - CS

Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus – GLhP

Glossarium - G

Hamlet oder Hecuba - HH

Hugo Preuss. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der deutschen – HP

Der Hüter der Verfassung – HV

Land und Meer – LM

Legalität und Legitimität – LL

Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes – LSTH

Das Nomos der Erde - NE

Politischen Romantik – PR

Politischen Theologie – PT

Positionen und Begriff – PuB

Römischer Katholizismus und politischen Form – RK

Staat, Grossraum, Nomos – SGN

Theorie des Partisan – TP

Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkes – DarD

Verfassungslehre – VL

Verfassungsrechtliche Aufsätze – VA

Volksentscheid und Volksbegehren – VV

* * *

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao CNPq pela bolsa de pesquisa no período 2007.2 – 2008. que proporcionou a execução desta pesquisa. Além disso, devo grande parte das discussões contidas aqui às propostas de professores e amigos da UFC e da UECE, em especial, ao professor Zé Maria e meus amigos Eduardo, Tilso e Anselmo, entre outros, que revisaram a versão original do texto.

NOTA PRELIMINAR

A contextualização da obra de Schmitt é uma exigência metodológica que se deve observar com rigor. Desde o primeiro livro (*Über Schuld und Schuldarten. Eine Terminologische Unterschung* – 1910) até o último texto publicado (*Die legale Weltrevolution. Politischer Mehrwert als Prämie auf juritische Legalität und Superlegalität* – 1978), foram quase 70 anos de produção intelectual no breve século XX. A atenção sobre "contra quem" Schmitt escreve exige conhecimentos históricos e biográficos.

Além disso, a utilização do instrumental conceitual da filosofia analítica e do pragmatismo, muitas vezes reconstruindo o pensamento peculiarmente fragmentado do autor, revela-se vantajoso já que Schmitt assume posições pragmáticas e deixa-se interpretar dessa maneira sem maiores esforços.

As obras de Schmitt foram a base para a pesquisa. Evidentemente, o material arrolado na bibliografia serviu de apoio para a compreensão do pensamento do autor e da tradição filosófica que lhe serve de contraponto.

Dois autores que aproximo de Schmitt e que estarão subjacentes em toda a reflexão: Nietzsche e Wittgenstein: o primeiro com sua influência direita sobre Schmitt, principalmente sobre o papel nada irrelevante que elementos como *vontade* e *força* têm nas relações políticas e a relação entre conhecimento e poder; o segundo, na sua fase tardia, como reforço na compreensão das relações pragmáticas sociais, especialmente no que se refere à produção de normas. Por outro lado, três interpretações que afasto de Schmitt: a teológica, a nazista e a hegeliana.

Por fim, todas as citações foram feitas das obras em alemão e traduzidas por mim, confrontando outras traduções em português, inglês, francês, espanhol e italiano conforme consta na bibliografia.

* * *

JOGOS DE PODER. CARL SCHMITT ENTRE FATOS E NORMAS

A reflexão filosófica tradicional ainda não conseguiu pensar a unidade entre norma e fato, entre ser e tempo. Há uma relação fundamental entre poder e normas que pretendo sustentar neste ensaio: o poder põe normas a despeito de qualquer esfera objetiva de valores que lhe seja anterior ou vinculativa. As relações políticas são entendidas aqui enquanto enfrentamento. O termo o "político" é empregado como uma dimensão de antagonismos que toda sociedade possui, por outras palavras, "o político" quer dizer o aspecto *crático* da vida pública. Por outro lado, a "política" se refere ao conjunto de práticas, discursos e instituições que estabelecem certa ordem e organizam a coexistência humana em condições que sempre são potencialmente conflitivas. Evidentemente, formas de poder se manifestam em formas institucionais, porém essa distinção preliminar ao trabalho é necessária, pois na reflexão política tradicional o aspecto *crático* é negativo já que o papel da reflexão política é criar mundos harmônicos e justos, sem atritos ou manifestações de força, que funcionem conforme regras estabelecidas e anteriores que, a despeito dos fatos, continuem a ordenar a vida.

A proposta deste ensaio é analisar a relação entre poder e normas no realismo político de Carl Schmitt e seus pressupostos ontológicos e epistemológicos. A questão fundamental é a consistência do realismo político de Schmitt ao adotar uma analítica do poder que se expressa na relação agonística entre amigos e inimigos e afirmar pragmaticamente a legitimação das normas a partir dessas relações fáticas. Através dos textos de Schmitt, podemos levantar as seguintes hipóteses sobre a relação entre poder e normas: o realismo político schmittiano, para ser conseqüente, deve exigir necessariamente uma compreensão anti-realista do conhecimento, afastar a questão epistemológica tradicional e afirmar que as normas são produzidas num contexto socioprático. (I); se a vinculação entre realismo político e anti-realismo epistemológico for consistente, como se demonstra na relação entre moral e política, a única forma possível de conhecimento na política é através de um *perspectivismo agonístico* ou, numa linguagem schmittiana, de um conhecimento *partisan* (II); se as relações políticas são relações de força, como no realismo político, os jogos de poder criam as normas, que dispensam um fundamento apriorístico e buscam sua legitimidade em alguma forma de poder no interior das relações sociais; então, há o que Schmitt chama de *die normative Kraft des Faktischen* que revela o elemento pragmático da filosofia política schmittiana que não admite nada independente das práticas sociais e dos processos de justificação, ou seja, a leitura pragmática da política – que afirma que o normativo tem origem nos lances dos jogos entre as forças – implica numa ontologia política em Schmitt que se caracteriza como uma ontologia das relações ou ainda como uma ontologia praxeológica (III).

I

O problema central para a filosofia política moderna e contemporânea é como orientar normativamente a política. A relação entre poder e normas se mostra problemática na medida em que o pensamento político tradicional, que fundamentava a política e o direito na razão ou em normas pré-existentes de uma instância moral superior[62], sofre um déficit de fundamentação em nossa situação epocal que não admite uma fundamentação última nem pressupõe um *ethos* dado pela tradição para normas morais fundamentais[63]. O século XX, entretanto, experimentou um ressurgimento da sensibilidade realista para o entendimento da sociedade e da política que deixou de lado o problema da vinculação normativa da política[64]. Tal realismo político é marcado pela análise das relações fáticas de poder sem determinações normativas, além do abandono de qualquer

[62] Da perspectiva tradicional, o poder torna-se legítimo quando é circunscrito e regido por leis, as quais devem ser justas e encontrar seu conteúdo concreto na prática virtuosa dos cidadãos, ou seja, o problema ético reaparece na política como relação entre *nomos* e *ethos*. Segundo Vaz, o problema moderno a ser tratado é "como recompor a comunidade humana como comunidade ética e como fundar sobre a dimensão essencialmente ética do ser social a comunidade política". LIMA VAZ, H.C. **Ética e Cultura**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 262. Ainda segundo Vaz "o poder (...) deve encontrar na ordenação da razão que é a lei sua causa formal e sua legitimação" (LIMA VAZ, H.C. "Ética e Direito". In: Toledo, C. e MOREIRA, L. (Org.) **Ética e Direito**. Belo Horizonte: Loyola/Landy, 2001, p. 207).

[63] Sobre a questão da fundamentação, afirma M.A. OLIVEIRA ("Filosofia política enquanto teoria normativo-material das instituições em Vittorio Hösle". In: AGUIAR, O.; SAHD, L.F.; OLIVEIRA, M. **Filosofia Política Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 337) que "a questão central é que fins estatais e que meios para sua implementação são legítimos moralmente, entendendo-se moral no sentido normativo e não descritivo", ou seja, uma moral que pressuponha uma metafísica como conhecimento de princípios e esta, por sua vez, uma ontologia onde caiba mais do que o mundo empírico, já que "a validade ideal de um valor não pode ser inferida de nenhum fato empírico, mas se fundamenta numa esfera normativa autônoma" (OLIVEIRA, M.A. "Ética intencionalista-teleológica em Vittorio Hösle". In: OLIVEIRA, M. (Org.). **Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea***.* Petrópolis: Vozes, 2000, p. 236), conforme a conhecida tese de Hume. Portanto, fatos não podem fundamentar valores ou normas, mas apenas a própria razão ou o ser ideal. A partir disso, surgiram várias tentativas de fundamentação da política e do direito, das quais destacamos a fundamentação discursiva do Direito e da Democracia de Habermas e a fundamentação idealista-objetivo do Direito e da Política de Hösle. Enquanto a primeira encontra nos elementos da práxis comunicativa uma base apenas formal para o problema de validade da política e das normas, a segunda afirma a noção de uma Razão Moral Absoluta e inflaciona a reflexão política com uma Metafísica que exige um fundamento absoluto, o qual, durante toda a tradição filosófica, foi buscado para fundamentar o poder e as normas racionalmente. Ver OLIVEIRA, M.A. **Sobre a fundamentação**. Porto Alegre: Edipucrs, 1997; APEL, "Fundamentação última não-metafísica?" In: STEIN, E.; DE BONI L. A. (Org.). **Dialética e liberdade**. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: UFRGS, 1993, p. 305-326; e HÖSLE, "Sobre a impossibilidade de uma fundamentação naturalista da ética". In: STEIN,E.; DE BONI L.A.(Org.). *Dialética e liberdade*. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: UFRGS, 1993. p. 588-609.

[64] Desde os Sofistas há uma compreensão realista da política que percorre marginalmente a filosofia prática até encontrar em Maquiavel e Hobbes sua principal expressão. Daí em diante, a filosofia política moderna dá ênfase ao poder e não a normas e a relação entre moral e política perde sua evidência, embora o pensamento liberal pretenda recolocá-lo sob normas éticas, jurídicas ou econômicas – por exemplo, direitos humanos, a separação de poderes, o constitucionalismo e as "leis do mercado" – porém em outra perspectiva. Por todos, cf. LIMA VAZ, H.C. **Ética e Cultura**. São Paulo: Loyola, 2004, p.157 e ss.; e LIMA VAZ, H.C. **Escritos de Filosofia IV, Introdução à Ética Filosófica 1**. São Paulo: Loyola, 2002, p. 293-311; sobre o constitucionalismo e Estado de direito, cf. SKINNER, **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Cia.das Letras, 1996, p. 393-413 e 450-460 e ss.; sobre o desenvolvimento do direito moderno, cf. WIEACKER, F. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980, p. 279-365.

fundamentação transcendental ou metafísica ao tratar da política como ela é[65]. A questão de fundo na relação entre poder e normas é a seguinte: há possibilidade de regulação racional ou normativa da política? Há uma fundamentação normativa da política (normativismo) ou uma fundamentação política das normas (decisionismo)?

Schmitt, por sua vez, rompe com os modelos políticos ideais ou especulativos de fundamentação racional da política e afirma por meio de uma forte postulação realista que a condição originária da política é o conflito:

> todos os conceitos, idéias e palavras políticas possuem um caráter polêmico, têm em vista uma rivalidade concreta; estão ligados a uma situação concreta cuja última conseqüência é um agrupamento do tipo amigo-inimigo (...) e se convertem em abstrações vazias e imaginárias quando esta situação desaparece. Palavras como Estado, república, sociedade, classe, e mais além: soberania, Estado de Direito, absolutismo, ditadura, plano, Estado neutro ou total, etc. resultam incompreensíveis se não se sabe quem in concreto deverá ser designado, combatido, negado e refutado através destes termos[66].

Este trecho evidencia em Schmitt a relação interna entre seu realismo político e um anti-realismo epistemológico que rejeita, ao mesmo tempo, o modelo moderno de conhecimento, racional e universalista, e o modelo político da modernidade, liberal e parlamentar. Schmitt, portanto, articula realismo político e uma compreensão não realista do conhecimento que critica noções como o essencialismo e o correspondencialismo ao elaborar novas relações entre conhecimento, verdade e poder.

O realismo político de Schmitt se expressa em três argumentos centrais. Primeiro argumento: ele recusa qualquer consideração normativa da política:

> Nenhuma norma (...) se interpreta ou se aplica, se protege ou se defende a si mesma; nenhuma validade normativa se faz valer a si mesma; e também não existe – se não quisermos nos deixar levar por metáforas e alegorias – nenhuma hierarquia de normas, apenas hierarquias de homens e de instâncias concretas[67].

A norma é uma relação de mando e a impossibilidade de regulação racional da política se expressa ainda pela primazia do elemento não racional que fundamenta as normas: a decisão:

---

[65] Ao invés de buscar uma fundamentação normativa através de alguma instância que transcende o meramente empírico, o realismo político afirma que o que deve valer é determinado pela configuração fática. As idéias de *necessitas legem non habet* e a de *ratio status* marcaram o realismo político moderno e reúnem pensadores diversos como Santo Agostinho, Bodin, Maquiavel, Botero, Naudé, Hobbes, Cortés, Burke, Nietzsche, Weber, Schmitt, Foucault, entre outros.

[66] BP, 31.

[67] LL, 53.

> Uma constituição não se baseia em normas, cuja correção seria o fundamento de sua validade; ela se baseia em uma decisão do ser político que define o modo e a norma de sua própria existência. A palavra "vontade" designa o elemento existencial essencial deste fundamento, em oposição a qualquer dependência de critérios normativos ou abstratos[68].

Segundo argumento: as relações de antagonismos e hostilidades são constitutivas do político, sendo a liberdade ou a igualdade indissociável de uma situação de conflito, de uma luta contínua, resultado do enfrentamento e das relações de poder. São os jogos das forças sociais e não as instituições e as boas leis que configuram a realidade política[69]: "A oposição política é a oposição mais intensa e extrema e qualquer oposição concreta é tão mais política quanto mais ela se aproxima do ponto extremo: a ligação entre amigos e inimigos"[70]. Dessa forma, o antagonismo político escapa aos princípios normativos, sejam eles morais ou jurídicos, pela impossibilidade de circunscrever o antagonismo existencial dentro de limites normativos. Em Schmitt, o antagonismo entre amigos e inimigos possui algumas características básicas[71]. Primeiro, os termos *amigo* e *inimigo* não são metafóricos ou simbólicos, nem estão vinculados à interpretação moral, religiosa ou econômica, mas expressam a existência concreta do inimigo, inclusive com a possibilidade do conflito real: "os conceitos de amigo, de inimigo e de combate recebem seu significado real porque se referem precisamente à real possibilidade de eliminação física. A guerra se segue da inimizade. A guerra é a negação existencial do inimigo. Ela é a conseqüência mais extremada da inimizade"[72]. Segundo, o conflito amigo *vs* inimigo se dá entre coletividades, ou seja, o inimigo para Schmitt nunca é o inimigo privado, mas o inimigo público já que "um inimigo existe quando uma coletividade de pessoas em luta confronta outra coletividade semelhante. O inimigo é apenas o inimigo público, pois tudo que se relaciona com tal coletividade de homens, em especial com uma nação inteira, se torna público por

---

[68] VL, §8, 76.

[69] Há o modelo de fundamentação de Rawls que se baseia em princípios de justiça e justifica-se a partir da posição original e do equilíbrio reflexivo de reconstrução e intuição teorético-normativa da ação prescrita como dever ou ainda o de Höffe que busca uma definição e justificação da ordem jurídica estatal e jurídica justa. Entretanto, a questão continua a mesma posta diante de Hösle, Habermas e Apel: como se livrar das "falácias transcendentalistas" sem recorrer a normas fundamentais ou a uma moral fixada transcendentalmente. Conforme Niquet, "condições transcendentais de algo, p. ex. do entendimento discursivo, não podem *ao mesmo tempo e em unidade* ser normas do tipo morais fundamentais" (**Teoria Realista da Moral**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2003, p. 23). Além disso, procede a crítica dos comunitaristas (Sandel, MacIntyre, Taylor e Walzer) que reprova em Rawls, e em outros liberais como Dworkin e Ackerman, o fato de ignorar as situações sociais das pessoas.

[70] BP, 30.

[71] Uma genealogia dos conceitos de amigo e inimigo e sua reflexão na política levam necessariamente à Nietzsche. Sem o conceito da *Grande Política* de Nietzsche, o *pathos* de Schmitt é incompreensível, além de perder o referencial expressões como *Wille zur Dezision* ou outras de mesma inspiração.

[72] BP, 33.

virtude dessa própria relação"[73]. Terceiro, por se tratar de categorias especificamente políticas que "expressam o grau máximo de intensidade de um vínculo ou de uma separação, uma associação ou uma dissociação"[74], esse tipo conflito não pode ser tratado através de uma norma geral anteriormente dada, nem mesmo julgado por alguém neutro e desinteressado, uma vez que "apenas os participantes reais podem corretamente reconhecer, compreender e julgar o caso concreto e estabelecer a situação extrema do conflito"[75], o que demonstra que só existe conhecimento político *partisan*, ou seja, só se pode conhecer uma situação política a partir e através de uma das perspectivas em conflito.

Essas considerações sobre a distinção entre amigos e inimigos já deixam entrever uma relação entre o realismo político schmittiano e uma compreensão não realista do conhecimento político, na medida em que não há normas ou princípios de justiça que não sejam determinados agonisticamente, isto é, a partir da perspectiva a que se pertence e contra aquilo que é estranho e ofensivo.

Finalmente, o terceiro elemento do realismo político trabalha com as noções de exceção, soberania e decisão. De fato, é no decisionismo que Schmitt revela sua radicalidade ao pensar a política. Ele afirma: "Soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção"[76]. A associação da situação excepcional à soberania, como aquela figura que em casos extremos decide sobre a situação, suspende qualquer ordem e age de modo ilimitado e fora da lei para assegurar a lei, configura o estado de exceção como uma situação limite que faz desaparecer as fronteiras entre uma situação de fato e uma situação de direito[77] e expor a origem não racional do direito. Para Schmitt, a soberania é uma máxima: decida sobre a exceção! Nesse caso, mais uma vez o poder escapa do âmbito normativo já que é impossível prescrever uma norma geral para ser aplicada a situações em que, por definição, não se aplica normas, pois conforme Schmitt "do ponto de vista normativo, a decisão surge do nada"[78]. A decisão, em relação à ordem jurídica, passa a ser o único fundamento possível uma vez que "também a ordem jurídica, como qualquer ordem, remete a uma decisão e não a uma norma" [79], além disso, "não há norma que seja aplicada ao caos. Para uma norma fazer

---

[73] BP, 28. Conforme Schmitt, "o inimigo é somente o inimigo *público*" (BP, 29). No original "Feind ist nur der *offentliche* Feind". Schmitt esclarece aqui que o termo em alemão Feind, assim como em português, não distingue entre o inimigo privado e o inimigo público, entre *inimicus* e *hostis* ou ainda, em termos gregos, entre *echthros* e *pólemos*. Em inglês, por exemplo, há uma diferenciação que corresponde à idéia de Schmitt entre inimigo privado e público, respectivamente *foe* e *enemy*. Cf. BP, 29, nota 5.

[74] BP, 27.

[75] BP, 27.

[76] PT, 13.

[77] Recentemente, Giorgio Agamben trabalhou este tema nos seus *Homo Sacer*, 1995 e *Estado de Exceção*, 2003, inclusive com a reconstituição do debate entre Schmitt e Benjamin sobre o estado de exceção (**Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 81-98).

[78] PT, 37.

[79] PT, 16.

sentido, uma situação normal deve existir. É o soberano que decide definitivamente se essa situação normal existe em termos efetivos" [80]. O que confirma o clássico trecho do capítulo 26 do Leviatã "Auctoritas, non veritas facit legem". Assim, existe um soberano concreto de onde emana uma ordem concreta e não leis soberanas ou um *Empire of the Law*, pois como afirma Schmitt "somente uma coisa com existência concreta, e não uma simples norma válida pode ser soberana" [81]. De forma geral, Schmitt explicita seu realismo num relato preciso:

> Enquanto a crença na racionalidade e na idealidade de seu normativismo ainda for viva, nas épocas e nos povos que ainda costumam manifestar a crença (tipicamente cartesiana) nas *idées générales*, o Estado constitucional aparece exatamente por isso como algo sublime e ideal. A seu favor, ele quer fazer valer também uma diferenciação milenar e um *ethos* primitivo: o *nomos* contra o mero *demos*; a *ratio* contra a mera *voluntas*; a inteligência contra a vontade cega e sem lei; a idéia do direito normatizado e calculado contra a idéia da pura adequação de medidas e decretos a partir de alterações conjunturais; o racionalismo racionalmente considerado contra o pragmatismo e o emocionalismo; idealismo e direito contra utilitarismo; validade e dever contra a pressão e a necessidade das relações (LL, 15).

Afirmo como hipótese (I) a existência de uma relação interna em Schmitt entre realismo político e anti-realismo epistemológico e, por conseguinte, uma crítica ao fundacionismo e a qualquer forma de argumento transcendental que põe em questão algumas posições epistemológicas e ontológicas[82], inclusive sob os termos de uma pragmática.

(II)

Carl Schmitt assume o caráter agonístico do político até mesmo como condição de conhecimento da realidade: o conflito torna-se condição necessária para o conhecimento político. Em outros termos: Schmitt elabora um perspectivismo marcado pelo *agón* das relações sociais, ou seja,

---

[80] PT, 13.

[81] VL, §1, 33. Enquanto que para Schmitt o soberano é concreto e externo ao sistema normativo, para Kelsen, o fundamento da soberania é abstrato e interno ao ordenamento legal de um Estado: a norma hipotética fundamental, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade do normativo. Ver KELSEN, *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 215-244.

[82] Na filosofia contemporânea, o debate entre realismo e anti-realismo pode auxiliar algumas questões éticas e políticas. Por exemplo, além do debate entre realismo político e normativismo; em ontologia, um realismo ontológico, cuja definição traz Kutschera: "há uma realidade que tanto em sua existência como em sua constituição é independente se e como ela é experimentada, interpretada ou conhecida pelo ser humano (OLIVEIRA, M. A. "Filosofia: lógica e metafísica". In: ALMEIDA, C.; IMAGUIRE, G.; OLIVEIRA, M. **Metafísica Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2007. p.167.), e anti-realismo ontológico que, conforme Puntel, "nega um mundo totalmente independente de nossa linguagem, de nosso pensamento" (OLIVEIRA, Idem, ibidem); ou ainda em ética, o realismo moral que põe no domínio ontológico fatos morais. Sobre este último ver NIQUET, Op. Cit.; e, sobretudo KUTSCHERA, "Moralischer Realismus". In: *Logos*, n. I, 1994: 241-258.

uma concepção política do conhecimento que traduz a natureza conflituosa dessas relações. A hipótese sustentada neste ponto é que se existe uma relação interna entre o realismo na política e o anti-realismo na epistemologia (como no item I), então o conhecimento do mundo público é necessariamente *partisan*, ou seja, é um perspectivismo localizado em disputas e relações entre forças[83]. Nosso olhar desenvolve-se perspectivisticamente sendo travejado por relações sociais de poder, pois "todos os conceitos da esfera espiritual (...) somente podem ser compreendidos tomando como ponto de partida a existência política concreta (...) todas as representações essenciais da esfera espiritual dos homens são existenciais e não normativas" [84]. Pode-se falar em um jogo de forças que articula verdade e poder nas relações entre as perspectivas em luta e expressa na prática as noções do anti-fundacionismo, anti-realismo e anti-correspondencialismo ao afirmar que verdade não é descoberta, mas criação, experimento, perspectiva e indissociável do poder. De acordo com o conceito perspectivista de verdade, só conheço algo a partir da minha situação; pragmaticamente, a utilidade é o critério de verdade; logo, verdadeiras são as perspectivas úteis e falsas as inúteis.

Dessa maneira, a relação entre conhecimento e política, por tanto tempo escamoteada, pode ser trabalhada a partir do marco teórico das obras de Schmitt, pois:

> conceitos políticos decisivos, interessa justamente quem os interpreta, define e aplica; quem, através da decisão concreta, diz o que é paz, desarmamento, intervenção, ordem pública e segurança. Trata-se de uma das mais importantes manifestações da vida jurídica e espiritual da humanidade em geral o fato de que aquele que possui o verdadeiro poder também pode determinar por si mesmo os conceitos e palavras. *Cæsar dominus et supra grammaticam*: César também é senhor da gramática[85].

Para Schmitt, portanto, o conhecimento, assim como a política, está perpassado por uma multiplicidade de forças em permanente conflito. Esse agonismo das forças marca o perspectivismo schmittiano que em última análise afirma que qualquer conhecimento só é possível através do agrupamento a que se pertence. Daí segue-se o argumento de que normas e valores criados por uma comunidade afirmam uma sociabilidade específica e expulsam o estrangeiro do seu interior, ou ao

---

[83] O realismo político schmittiano aproxima-se de uma compreensão anti-realista do conhecimento político já que não se admite a autoridade epistêmica do sujeito cognoscente, o modo representacional do conhecimento de objetos nem a verdade dos juízos como certeza. O conhecimento não é a correspondência entre proposições e fatos. Como normas, assim como qualquer outro objeto, são produzidas pela práxis social, não se pode conhecer normas anteriores às próprias relações políticas. Além do mais, como vimos, a autoridade epistêmica passou para a primeira pessoa do plural (nós). Entretanto, para Schmitt, sempre do outro lado existe um *eles* estranho e concreto contra o qual o agrupamento se forma e coopera entre si. Há, portanto, vinculação entre uma interpretação pragmática do realismo político schmittiano e a compreensão anti-realista do conhecimento. Discussão semelhante entre Habermas e Rorty, porém no contexto da filosofia analítica e do pragmatismo em HABERMAS, **Verdade e Justificação**. São Paulo: Loyola, 2004, p. 227 e ss.

[84] BP, 84.

[85] PuB, 202.

menos lhe dá o rótulo de estranho. Dessa forma, uma leitura pragmático-política do perspectivismo oferece vantagens, pois resulta no aprofundamento de uma postura anti-realista e reforça a articulação entre realismo na política e anti-realismo no conhecimento[86].

Além disso, para Schmitt, o ponto de vista da exceção é epistemologicamente mais interessante do que a situação normal porque "a normalidade não demonstra nada, só a exceção prova tudo, pois a regra vive da exceção" [87]. Então, complementarmente, o conhecimento do mundo público exige, segundo Schmitt, não apenas o enfrentamento como substrato real, ineliminável das relações políticas, mas também a exceção como possibilidade da ordem. Dessa forma, o conhecimento não parte apenas da perspectiva agonística, mas também da exceção como lugar de observação. Bem analisados, esses dois mecanismos do conhecimento político escapam dos contornos normativos e, acima de tudo, excluem da política o primado da razão ao afirmarem o *pathos* específico dessa relação de poder. Nesse sentido, é absurdo falar em um conhecimento político "verdadeiro", pois o conhecimento é necessariamente *partisan* e uma teoria da verdade aplicada ao mundo público deve observar que "todos os conceitos políticos são conceitos polêmicos" [88], ou seja, criados por *nós* contra *eles*. Tal leitura tem fortes conseqüências na reflexão sobre política e conhecimento: essas relações, que se mostram vinculadas, excluem qualquer essência ou fundamento racional e complementam o movimento de destranscendentalização da razão e a crítica da razão idealista. Não é a questão da representação correta da realidade através de normas, mas sim contextos particulares de usos e práticas que determinam o conhecimento político, dito de outro modo: são as relações sociais de força que marcam nossas proposições a respeito da constituição do mundo político.

---

[86] As decisões são tomadas pelo soberano, sempre por um *nós*. A partir daí, pode-se perguntar: qual critério de objetividade dessas decisões? Para Schmitt, o soberano não precisa de justificativas, razões ou critérios. Porém, conseqüência evidente dessa decisão soberano é que sejam expressos conforme os valores e as normas que a multidão reunida assume, ou seja, longe da pretensão das democracias liberais onde as definições são executadas individualmente, a democracia segundo Schmitt teria como soberano o povo reunido e presente, fisicamente, ao aclamar com um sim ou não as decisões a serem tomadas sobre suas normas e valores. Se as decisões são tomadas pelo *nós* imerso na sua própria comunicabilidade, ou seja, no seu próprio mundo, mundo vivido, em última instância, a decisão terá duas características: buscará o vantajoso para nós e a partir dos valores e normas criadas por essa sociabilidade determinada. No realismo político schmittiano, não se pode aceitar uma normatividade transcendente ou uma instância normativa vinculadora da decisão do *nós.* Esse realismo afirma o jogo de poder inclusive no plano internacional e a impossibilidade de um Estado mundial já que uma decisão racional e universal mais do que um absurdo lógico seria o ato máximo de violência e eliminação do outro, mesmo que se tente amenizar com o adjetivo pluralista ou multicultural. O pragmatismo político de Schmitt dispensa o platonismo ou outras filosofias que recorrem a elementos prévios para decidir, além de filosofias essencialistas, que acreditam que possuem local seguro e imparcial para decidir e que tal lugar está localizado "em lugar nenhum", ou então em ficções e metáforas, e que a visão dele é a do "Olho de Deus".

[87] PT, 13.

[88] BP, 31.

(III)

O termo "pragmática" refere-se às análises dos contextos particulares de usos e formas da linguagem. A proposta de trabalho é reconstruir o realismo político schmittiano em termos pragmáticos e demonstrar que Schmitt *avant la lettre* assume postura pragmática-política ao afirmar que o normativo tem origem nos lances dos jogos entre as forças. Levanto como hipótese que a abordagem pragmática da realidade política dispensa um fundamento apriorístico e busca legitimidade no fático, isto é, nas relações sociais. O desenvolvimento de uma leitura pragmática do pensamento político de Carl Schmitt, sobretudo em relação ao poder e às normas, pode ser executado em dois aspectos principais: sobre a *normative Kraft des Faktischen* e sobre a legitimidade das normas e das decisões políticas.

Há uma expressão bastante significativa que Schmitt utiliza algumas vezes em suas obras: *die normative Kraft des Fatischen*[89]. De modo diverso do normativismo, o realismo político de Schmitt põe no fundamento da ordem não uma norma, mas um fato: a decisão. Mais do que isso, Schmitt afirma pragmaticamente sobre o fundamento do Estado e do Direito não uma verdade, mas sim uma autoridade: "Quis judicabit? Quis interpretabitur?" [90]. A legitimidade por um fato[91]. As análises das relações fáticas de poder sem qualquer consideração normativa sobre a política abandona, por conseguinte, a fundamentação transcendental e, da mesma forma, o projeto moderno de uma ordem a partir da razão é contestado por Schmitt ao colocar no início das normas (morais ou jurídicas) o dado bruto e não racional da decisão, ou como quiser, da força:

> Então, o *Nomos* não seria outro que não o direito do mais forte. Ele seria a expressão deste termo que atualmente na Alemanha se chama a força normativa do fático: a metamorfose do ser (Sein) em dever-ser (Sollen), do factual (Tatsächlichen) em uma norma (Gesetz)[92].

---

[89] A expressão *die normative Kraft des Faktischen* (a força normativa do fático) foi utilizada primeiramente por G. Jellinek. Schmitt utiliza-se em poucas passagens, mas com grande significação – p.e. PT, 8 e NE, 42. De toda forma, o significado desta expressão está presente em todos os textos importantes de Schmitt como a relação fundamental entre ser e dever-ser.

[90] BP, 122.

[91] Em *Moral und Politik*, Hösle afirma, segundo M.A. OLIVEIRA, que "a distinção entre o ser normativo (ser ideal) e o descritivo (ser real) é a questão central para a filosofia"; além disso, eliminada a instância moral transcendente de valoração do fático, nada mais seria considerado imoral, "a moral coincidiria com o social e toda transcendência da moral sobre o social seria negada" ("Filosofia política enquanto teoria normativo-material das instituições em Vittorio Hösle". In: AGUIAR, O.; SAHD, L.F.; OLIVEIRA, M. **Filosofia Política Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 337). Mais adiante sobre o "cerne da teoria normativa da política: o conceito de direito natural" M.A. OLIVEIRA complementa que tal conceito só se entende, para Hösle, "a partir do fundamento ideal da validade das normas" (Op. cit., p. 344).

[92] NE, 42.

A partir disso, Schmitt questiona a legitimidade da tradição política que afirma a validez de uma norma sobre o fundamento de outra norma e esta noutra *ad infinitum* até chegar ao absurdo argumento de Kelsen: "O fundamento de validade de uma norma só pode ser a validade de outra norma" [93]. A validade de uma norma, ou melhor, de um sistema normativo só pode ser considerada em termos das condições concretas em que uma proposição é publicamente reconhecida como norma, já que uma dada situação não pode ser concebida *in abstracto*. De fato, Schmitt rejeita a generalidade abstrata da norma fora de qualquer situação fática "a norma ou a regra não cria a ordem; em vez disso, ela tem apenas, com base numa dada ordem e no interior dela, certa função reguladora, cuja validade é, em uma medida relativamente restrita, autônoma e independente da situação das coisas" [94]. Por outro lado, admite "certa função reguladora" à norma, o que demonstra que Schmitt não desconsidera o papel que as normas têm na realidade política, mas apenas as coloca no lugar que lhes é devido: enquanto resultado das formas de práxis humana. Nessa perspectiva, afirma Schmitt que "todo direito é 'direito situacional' [Situationsrecht]" [95].

Um argumento forte do realismo político é que relações de poder são relações entre pessoas; uma norma ou outra entidade abstrata não exercem poder, pelo contrário, uma autoridade, uma vontade, um comando é necessário para que as normas sejam válidas. O realismo de Schmitt é consistente, pois afirma a política como ela é nos usos e práticas cotidianas e desinflaciona a política excluindo qualquer idealismo. Essas características fazem deste realismo a expressão política mais

[93] TORRES, J.C.Brum. "Kant, Kelsen, Carl Schmitt und die Theorie der Verfassungsgründung". In: **Metaphysik und Hermeneutik. Festschriften für Hans-Gerog Flickingerzum 60. Geburtstag.** Kassel: Kassel Universität, 2004, p. 253.
[94] DarD, 11.
[95] PT,19.

bem acabada do pragmatismo.[96] O fundamento está, portanto, em alguma forma de poder no interior das relações fáticas, conforme Schmitt:

> Uma Constituição é válida, em verdade, porque emana de um poder constituinte (autoridade) e por sua vontade foi sancionada. A palavra "vontade" remete, em oposição a meras normas, à existência de uma grandeza real como fonte de todo dever-ser. A vontade é dada existencialmente, seu poder e sua autoridade consistem em seu ser (VL, §1, 9).

Entretanto, o que significa dizer que Schmitt assume uma postura pragmática? Evidentemente, nas relações políticas, o pragmatismo, sob interpretação realista, ganha novo elemento: a perspectiva agonística, ou seja, uma consideração sobre as relações de poder dentro de um contexto sociopráticо. Podemos falar não apenas em jogos de linguagem, mas também de jogos de poder que produzem normas pelos usos e práticas. Com base nesse aporte pragmático, a legitimidade, para Schmitt, não se baseia em um fundamento apriorístico ou numa norma fundamental hipotética, mas numa força política real que fundamenta as normas e dá-lhes legitimidade. "A validade de uma decisão não manifesta qualquer verdade normativa necessária, mas tão somente sua capacidade de se fazer efetiva, mesmo que dúvidas possam persistir" [97]. A legitimidade de um sistema de normas jurídicas não busca normas jurídicas anteriores ou algo que lhe sirva de fundamento, mas encontra numa relação existencial sua base já que "como toda ordem a ordem jurídica também se funda numa decisão e não numa norma" [98]. Para Schmitt, não existe

---

[96] Segundo M.A. OLIVEIRA, em relação à teoria objetivista da linguagem "para a tradição existe um mundo 'em si', cuja estrutura podemos conhecer pela razão e depois comunicar aos outros por meio da linguagem" (**Reviravolta Lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 126). Wittgenstein rejeita essa concepção subjetivista e individualista da linguagem ao adotar uma pragmática analítica que quer descobrir como a linguagem é utilizada de fato já que são os usos nos processos de interação social que confere significação às palavras, superando o realismo semântico por meio da "análise das atuações pragmáticas". Em breve síntese, M.A. OLIVEIRA afirma que "uma palavra tem para ele sentido pela maneira que é usada, isto é, de acordo com a função determinada que exerce num jogo de linguagem" (Op. cit., p. 146). Essa é o problema central para o pragmatismo lingüístico. O problema que aplicamos aqui à reflexão política e em torno do qual o projeto gira é: existe uma ordem a priori no mundo? Se existe, em que consiste essa ordem? Schmitt assume posição pragmática uma vez que a reflexão política passa a ser uma analítica do poder, ou seja, o critério do mundo político não são as normas independentes de qualquer relação política, fora de qualquer *jogo de poder*, mas sim os usos e as práticas sociais no sentido do segundo Wittgenstein, porém enriquecido com o tema do agonístico. Associando pragmatismo e agonismo, o critério pragmático-agonístico aplicado à política é a utilidade situada no jogo das relações de poder, é, portanto, uma utilidade no enfrentamento ou uma utilidade agonística. Daí um perspectivismo agonístico inseparável de uma práxis social e a modificação do status da relação entre verdade e poder e fatos e normas. Sobre Wittgenstein, cf. APEL, **Transformação da Filosofia**. São Paulo: Loyola, 2000, p. 376 e ss; sobre Schmitt e o pragmatismo, cf. FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2004, p. 79-128.

[97] SLAGSTAD, R. "Liberal Constitutionalism and its Critics: Carl Schmitt and Max Weber". In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitutionalism and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 117.

[98] PT, 16.

conhecimento não empírico da realidade, além disso, a política é o campo da realização da verdade de uma situação, sendo as normas constituídas através dos lances dos jogos de poder.

Assim, a questão entre poder e normas reduz-se à análise dos contextos particulares do uso e práticas políticas. Uma filosofia política, para Schmitt, não é nada mais do que uma analítica das forças e o conhecimento da realidade política está vinculada à práxis social que alcança sua legitimidade não a partir de uma estrutura objetiva racional, mas sim, pragmaticamente, através das formas de poder e das relações de forças. O principal nessa perspectiva realista é que as práticas sociais e não as formas de argumentação são consideradas na reflexão política. Como o Wittgenstein tardio observa, regras são abreviações de práticas colocadas no fluxo de um modo de viver[99]. O problema, então, é observar as questões do poder e sua natureza constitutiva e agonística.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS DE CARL SCHMITT

SCHMITT, Carl. **Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen** (1914). 5. Aufl. Berlim: Duncker & Humblot, 2004.

_____**Politische Romantik** (1919) 6. Aufl. Berlim: Duncker & Humblot, 1998. Trad. arg.: **Romanticismo Político**. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 2005.

_____**Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveranitätsgedankes bis zum proletarischen Klassenkampf** (1921), 7. Aufl. Berlim: Duncker & Humblot, 2006. Trad. esp.: **La Dictatura**. Madrid: Alianza Editorial, 2007.

_____**Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität** (1922), 8. Aufl. Berlim: Duncker & Humblot, 2004.Trad. bras.: **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____**Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus** (1923), 8. Aufl. Berlim: Duncker & Humblot, 1996. Trad amer.: **The Crisis of Parliamentary Democracy**. Cambridge, Massachussetts: MIT Press, 1985. Trad. bras. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

_____**Romischer Katholizismus und politische Form** (1923) 3. Aufl. Stuttgart: Klett-Cotta, 1984. Trad. port.: **Catolicismo Romano e Forma Política**. Lisboa: Huguin, 1998.

_____**Verfassungslehre** (1928). 9. Auf. Berlim: Duncker & Humblot, 2003. Trad. cast.: **Teoria de la Constitucion**. Madrid: Alianza Universidad, 2003.

_____ **Hugo Preuss. Sein Staatsbegriff und seine Stellung in der Deutschen Staatslehre**, Tubigen: J.C.B.Mohr, 1930.

[99] Segundo Wittgenstein, "a significação de uma palavra é seu uso na linguagem" (**Tratado lógico-filosófico / Investigações Filosóficas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 207).

_____**Der Hüter der Verfassung** (1931) 4. Aufl. Berlim: Duncker & Humblot, 1996. Trad. bras.: **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____**Legalität und Legitimität** (1932) 6. Aufl. Berlim: Duncker & Humblot, 1998. Trad. bras.: **Legalidade e Legitimidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____**Der Begriff des Politischen** (1932). Text von 1932 mit einen Vorwort und drei Corollarien. 6. Aufl. 5. Nachdruck der Ausgabe von 1963. Berlim: Duncker & Humblot, 2002. Trad. amer.: **The Concept of the Political**. Chicago: University of Chicago Press, 2007. Trad. bras. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

_____**Staat, Bewegung, Volk** (1933). Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1933.

_____**Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens** (1934) 3. Aufl. Berlim: Duncker & Humblot, 1993. Trad. franc. *Les trois types de pensée juridique*. Paris: PUF, 1993.

_____**Die Wendung zum discriminieren Kriegsbegriff** (1938). 3. Aufl. Berlim: Duncker & Humblot, 2003.

_____**Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes** (1938) Köln: Löwenich, 1982. Trad. cast.: *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*. Granada: Comares, 2004.

_____**Positionen und Begriffe** (1940). 4. Aufl. Berlim: Duncker & Humblot, 1994.

_____ **Land und Meer** (1942). 4. Aufl. Stuttgart: Klett-Cotta, 2001. Trad. amer. *Land and Sea.* Plutarch Press, 1997.

_____**Ex Captivitate Salus** (1950). 2. Aufl. Berlim: Duncker & Humblot, 2002.

_____**Der Nomos von der Erde** (1950) 2. Aufl. Berlim: Duncker & Humblot, 1974. Trad. amer. *The Nomos of the Earth*. Telos Press, 2003.

_____**Hamlet oder Hekuba** (1956). 5. Aufl. Stuttgart: Klett-Cotta, 1985. Trad. amer. *Hamlet or Hecuba*. LUGAR: Plutarch Press, 2006.

_____ **Verfassungsrechtliche Aufsätze aus des Jahren 1924-1954** (1958). Berlim: Duncker & Humblot, 2003.

_____**Theorie des Partisan. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen** (1963) 5. Aufl. Berlim: Duncker & Humblot, 2002. Trad. amer.: *The Theory of the Partisan.* Michigan: Michigan States University Press, 2004.

_____**Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie** (1970), 4. Aufl. Berlim: Duncker & Humblot, 1996.

_____**Glossarium. Aufzeichnungen der Jahre 1947-1951**. (1991)Berlim: Duncker & Humblot, 1991

_____**Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969**. (1995) Berlim: Duncker & Humblot, 1995.

COMENTADORES E OUTROS AUTORES

AGAMBEN, G. **Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____**Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

APEL, K. O. **Transformação da Filosofia**. São Paulo: Loyola, 2000. 2v.

_____"Fundamentação última não-metafísica?" In: STEIN, E.; DE BONI L. A. (Org.). **Dialética e liberdade.** Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: UFRGS, 1993, p. 305-326.

_____**Diskurs und Verantwortung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1988.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. São Paulo: Forense, 1983.

_____ **Estudos de moral moderna***.* Petrópolis: Vozes, 1994.

ARON , Raymond. **Paz e Guerra entre as Nações**. Brasília: UnB, 2002.

ARRUDA, José Maria. "Carl Schmitt: política, Estado e direito", In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odílio; SAHD, L.F.(Org.) **Filosofia Política Contemporânea**. Petrópolis: Rio de Janeiro, 2003. p. 56-86.

BALAKRISHNAN, G., **The Enemy: An Intelectual Portrait of Carl Schmitt**. London: Verso, 2000.

BECK, Ulrich. **Risk Society: Towards a New Modernity**. London: Sage, 1992.

BERCOVICCI, Gilberto. **Soberania e Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BIGNOTO, Newton. **Republicanismo e Realismo. Um perfil de Francesco Guicciardini***.* Belo Horizonte: UFMG, 2004

BLUMENBERG, Hans. **The Legitimacy of the modern age**. Cambridge: MIT Press, 1985.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2000.

BORON, A.A.; GONZÁLEZ, Sabrina. "Resgatar o inimigo? Carl Schmitt e os debates contemporâneos da teoria do estado e da democracia". In: **Filosofia Política Contemporânea**. BORON, A.A. (Org.). Buenos Aires: CLACSO; São Paulo: USP, 2006. p. 145-171.

CLAUSEWITZ, Carl von. **Da Guerra**. São Paulo, Martins Fontes, 1996.

DOTTI, Jorge E. **Carl Schmitt. Su época y su pensamiento**. Buenos Aires: Eudeba, 2002.

DERRIDA, Jacques. **Fuerza de ley. El "Fundamento místico de la autoridad"**. Madrid: Tecnos, 1997.

DUSO, Giuseppe (Org.). **La politica oltre lo Stato***: Carl Schmitt*. Veneza: Arsenale, 1981.

FERREIRA, Bernardo. **O risco do político**. Belo Horizonte/Rio de Janeiro: UFMG/IUPERJ, 2004.

FOCAULT, M. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____**Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FREUND, Julien. **L'essence du politique**. Paris: Sirey, 1965.

GALLI, Carlo. **Genealogia della politica**. Bolonha: Il Mulino, 1996.

HABERMAS, J. **Verdade e Justificação**. São Paulo: Loyola, 2004.

_____**O discurso filosófico da modernidade**. Lisboa: D. Quixote, 1990.

_____**Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

HARDT, Michel; NEGRI, Antonio **Império**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HARE, R.M. **Moral thinking**. Oxford: Clarendon Press, 1981.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HÖFFE, O. **Justiça Política**. São Paulo: Martins Fontes: 2006.

_____ **Democracia no mundo do hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HOFMANN, Hasso. **Legittimità contro Legalità**. Nápoles, ESI, 1999.

HÖSLE, Vittorio. **Moral und Politik, Grundlagen einer politischen Ethik für das XXI Jahrhundert.** München: Beck, 1997.

_____ "Sobre a impossibilidade de uma fundamentação naturalista da ética". In: STEIN,E.; DE BONI L.A.(Org.). **Dialética e liberdade**. Petrópolis: Vozes; Porto Alegre: UFRGS, 1993. p. 588-609.

_____"La critica di Carl Schmitt all'autonegazione di una costituzione neutrale rispeto ai valori in *Legalität una Legitimität*". In: **La legittimità del político**. Milão: Guerini e Associati, 1990.

_____**Die Krise der Gegenwart und die Verantwortung der Philosophie**. München, 1990.

HUNTINGTON, Samuel. **O choque das civilizações e a recomposição da nova ordem mundial**. Rio de janeiro: Objetiva, 1997.

JONAS, Hans***. Das Prinzip Verantwortung***. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

KERVÉGAN, Jean-François. **Hegel, Carl Schmitt. O político entre a especulação e a positividade**. Barueri, SP: Manole, 2006.

KOENEN, A. **Der Fall Carl Schmitts: sein Aufstieg zum "Kronjuristen des Dritten Reiches".** Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995.

KOSELLECK, Reinhart. **Critique and crisis**. London: Berg, 1988.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LESSA, Renato. **Agonia, aposta e ceticismo. Ensaios de filosofia política**. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

LIMA VAZ, H.C. **Escritos de Filosofia IV, Introdução à Ética Filosófica 1.** São Paulo: Loyola, 2002.

_____ **Ética e Cultura**. São Paulo: Loyola, 2004.

_____"Ética e Direito". In: Toledo, C. e MOREIRA, L. (Org.) **Ética e Direito**. Belo Horizonte: Loyola/Landy, 2001.

LÖWITH, Karl. "Der okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt" (1935). In: **Gesammelte Abhandlungen: zur Kritik der geschischtlichen Existenz***.* Stuttgart: W. Kohlhammer Verlag, 1960.

KANT, Immanuel. **Kritik der praktischen Vemunft.** Werkausgabe Band VII, hrsg. von Wilhelm Weischedel. Frankfurt/Main: 1998 (1ª ed. 1788).

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHLMANN, Wolfgang. **Reflexive Letzbegründung. Untersuechungen zur Transzendentalpragmatik**. Freiburg-München: Albert, 1985.

KUTSCHERA, F.V. "Moralischer Realismus". In: **Logos**, n. I, 1994, 241-258.

OLIVEIRA, Manfredo O. "Filosofia: lógica e metafísica". In: ALMEIDA, C.; IMAGUIRE, G.; OLIVEIRA, M. **Metafísica Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2007. p.161-190

_____"Filosofia política enquanto teoria normativo-material das instituições em Vittorio Hösle". In: AGUIAR, O.; SAHD, L.F.; OLIVEIRA, M. **Filosofia Política Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 333-363.

_____"Ética intencionalista-teleológica em Vittorio Hösle". In: OLIVEIRA, M. (Org.). **Correntes Fundamentais da Ética Contemporânea***.* Petrópolis: Vozes, 2000. p. 235-255.

_____**Sobre a fundamentação**. Porto Alegre: Edipucrs, 1997.

_____**Reviravolta Lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996.

_____**Ética e Sociabilidade**. São Paulo: Loyola,1993.

_____**Ética e racionalidade moderna**. São Paulo: Loyola, 1993.

OLIVEIRA, Nythamar F. de. **Tractatus ethico-politicus**. Porto Alegre: EDPUCRS, 1999.

MACHIAVELLI, Nicolò. **O príncipe**. São Paulo: Abril cultural, 1979.

_____**Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. Brasília: UNB, 1979.

MARRAMAO, Giacomo. **Céu e Terra. Genealogia da Secularização**. São Paulo, Editora UNESP, 1997.

MACINTYRE, A. **Justiça de quem? Qual racionalidade?.** São Paulo: Loyola, 1990.

McCORMICK, John. **Carl Schmitt's critique of Liberalism. Against politic as technology**. London: Cambridge University Press, 1997.

MORGENTHAU, Hans J. **A política entre as nações: a luta pela guerra e pela paz**. Brasília: Editora Universidade de Brasília/ Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003.

MOUFFE, Chantal (Org.). **The Challenge of Carl Schmitt**. London: Verso, 1999.

_____**The return of the political**. London: Verso, 1993.

NIETZSCHE, Friedrich. **Werke. Kritische Studienausgabe** (KSA), hrsg. von G. Colli e M. Montinari. Berlim/Nova York: Walter de Gruyter, 1988.

_____ "O estado grego". In: **Cincos prefácios para cinco livros não escritos**. Rio de Janeiro: 7 letras, 2005.

NIQUET, M. **Teoria Realista da Moral**. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2003.

_____**Transzendentale Argumente**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991.

PERINE, Marcelo. **Filosofia e violência**. São Paulo: Loyola, 1987.

QUARITSCH, Helmut (Org.). **Complexio oppositorum über Carl Schmitt**. Berlim: Duncker & Humblot, 1988.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SCARRE, G. **Utilitarianism**. Londres: Routledge, 1996.

SCHEUERMAN, William. **Between the norm and the exception**. Cambridge: MIT Press, 1994.

_____ **Carl Schmitt. The End of Law**. Lanham: Rowman and Littlefield Publishers, 1999.

SKINNER,Q. **As fundações do pensamento político moderno**. São Paulo: Cia.das Letras, 1996

SLAGSTAD, R. "Liberal Constitutionalism and its Critics: Carl Schmitt and Max Weber". In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. **Constitutionalism and Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

SLOTERDIJK, Peter. **Critique of Cynical Reason**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1997.

STRAUSS, Leo. **Natural right and history**. Chicago: University of Chicago Press.

TAUBES, Jacob. **La théologie politique de Paul, Schmitt, Benjamin, Nietzsche et Freud.** Paris: Du Seuil, 1999.

TELOS, nº 72 (1987). Número especial dedicado a Carl Schmitt.

TORRES, J.C.Brum. "Kant, Kelsen, Carl Schmitt und die Theorie der Verfassungsgründung". In: **Metaphysik und Hermeneutik. Festschriften für Hans-Gerog Flickingerzum 60. Geburtstag**. Kassel: Kassel Universität, 2004.

WEBER, Max. **Ciência** *e* **Política**. *Duas vocações*. São Paulo: Cultrix, [s.d.].

WEIL, Éric. **Philosophie Politique**. Paris: Vrin, 1984.

WIEACKER, F. **História do Direito Privado Moderno**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980.

WITTGENSTEIN, L. **Tratado lógico-filosófico / Investigações Filosóficas** Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

_____ **Da certeza**. Lisboa: Edições 70, 1998.

_____ **The Collected Works of Ludwig Wittgenstein**. Oxford/Massachusetts: Blackwell Publishers, 1998.

WOLF, Jean-Claude & SCHABER, Peter. **Analytische Moralphilosophie**. Freiburg-München: Alber, 1998.

La Articulación Entre los Conceptos de Igualdad, Libertad, Voluntad General y Ley en Rousseau

BRUNO CUNHA WEYNE[100]*

RESUMO

A partir da obra *O Contrato Social*, de Jean-Jacques Rousseau, o presente artigo tem o objetivo de fundamentar a tese segundo a qual os conceitos de igualdade, liberdade, vontade geral e lei, além de peças essenciais da sua filosofia política, não podem ser compreendidos separadamente. Este breve ensaio foi produzido durante intercâmbio acadêmico na Faculdade de Direito da Universidad de Buenos Aires como requisito para aprovação na cátedra "Filosofia Política e Teoria da Democracia em Rousseau", ministrada pelo seu titular, Professor Doutor Aníbal D'Auria.

Palavras-chave: Igualdade. Liberdade. Vontade Geral. Lei. Rousseau.

RESUMEN

A partir de la obra *El Contrato Social*, de Jean-Jacques Rousseau, el presente artículo tiene el objetivo de fundamentar la tesis según la cual los conceptos de igualdad, libertad, voluntad general y ley, además de piezas esenciales de su filosofía política, no pueden ser comprendidos apartadamente. Este breve ensayo fue producido durante intercambio académico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires como requisito de aprobación en la cátedra "Filosofía Política y Teoría de la Democracia en Rousseau", ministrada por su titular, Doctor Aníbal D'Auria.

Palabras clave: Igualdad. Libertad. Voluntad General. Ley. Rousseau.

1. INTRODUCCIÓN

EL PRESENTE TRABAJO TIENE EL OBJETIVO DE ANALIZAR COMO SE ARTICULAN LOS CONCEPTOS DE IGUALDAD, LIBERTAD, VOLUNTAD GENERAL Y LEY, EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA DE JEAN-JACQUES ROUSSEAU. PARA REALIZAR ESA TAREA, EL TRABAJO SE DIVIDE EN DOS PARTES: LA PRIMERA INVESTIGA LA IDEA DE CADA UN DE ESOS CONCEPTOS EN LA OBRA *EL CONTRATO SOCIAL*; LA SEGUNDA BUSCA EXPLICAR COMO ELLOS SE RELACIONAN.

AUNQUE LA INVESTIGACIÓN PRETENDA EXAMINAR LA RELACIÓN ENTRE ESOS CUATRO CONCEPTOS EN LA SEGUNDA PARTE, SE DEBE ADVERTIR DESDE AHORA QUE PARECE IMPOSIBLE ANALIZARLOS

[100]* Aluno da Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista de Iniciação Científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Membro-secretário do Grupo de Pesquisa *Filosofia dos Direitos Humanos*.

SEPARADAMENTE, PUESTO QUE EL PROPIO ROUSSEAU AL ABORDAR UNO DE ELLOS HACE CONSTANTE REFERENCIA A LOS OTROS. LA ALUDIDA DIVISIÓN DEL TRABAJO, POR LO TANTO, NO ES ABSOLUTA Y ES HECHA CON FINES MERAMENTE DIDÁCTICOS.

2. LA IDEA DE IGUALDAD, LIBERTAD, VOLUNTAD GENERAL Y LEY EN LA FILOSOFÍA POLÍTICA ROUSSONIANA

La principal tarea de Rousseau es ofrecer un criterio capaz de establecer un orden político legítimo fundado en valores, que logren conservar la vida del hombre en sociedad, es decir, la justicia, la paz, la seguridad, la igualdad y la libertad.

En la primera frase del Capítulo I del Libro Primero, Rousseau afirma que "el hombre ha nascido libre y se encuentra por todas partes encadenado. Alguno que se cree dueño de los demás no es menos esclavo que ellos"[101]. Desde ahí, se puede percibir una idea fundamental de la filosofía política roussoniana: la igualdad y la libertad son valores interrelacionados e inherentes al hombre sin los cuales no se puede concebir un orden social legítimo. Sin embargo, como ya se dijo, la relación entre ellos será estudiada en un momento posterior.

Para comprenderse la idea de igualdad en Rousseau, es importante saber que ella no significa necesariamente que los grados de poder y riqueza deban ser los mismos. Es más prudente entender que la igualdad significa, en lo que respecta al poder, que éste debe quedar por encima de toda violencia y que no debe ser ejercido, sino en virtud de las categorias y de las leyes; y, en cuanto la riqueza, que ningún ciudadano debe ser tan rico para poder comprar a otro y que ninguno sea lo bastante pobre para estar obligado a venderse[102].

En relación al pacto social que Rousseau propone en su obra, la igualdad debe ser entendida en el sentido que todos los ciudadanos deben comprometerse bajo las mismas condiciones y deben gozar todos de los mismos derechos[103]. De esa manera, Rousseau esclarece que los compromisos que ligan los ciudadanos al cuerpo social son obligatorios precisamente porque son mutuos, y su naturaleza es tal que, al cumplirlos, ellos estarán trabajando tanto para el otro como para sí[104]. Como todos los ciudadanos deben poseer iguales derechos, en el momento de elegir a estos no hay como pensar individualmente, ya que lo que será aplicado al otro también lo será aplicado a ellos.

---

[101] ROUSSEAU, Jean-Jacques. **El contrato social**. Buenos Aires: Losada, 2003, p. 35.
[102] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 84.
[103] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 64.
[104] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 63.

La idea de libertad en Rousseau está muy relacionada con la idea de ser autónomo, es decir, de dar reglas a sí mismo. En ese sentido, él entiende la libertad como la obediencia a la ley que uno se ha prescripto[105]. Esa noción de libertad como autonomía ha influenciado bastante la filosofía moderna, sobre todo a Immanuel Kant, que trajo esa noción a su construcción ética[106].

En el Capítulo VIII del Libro Primero, Rousseau hace una distinción fundamental para la comprensión del concepto de libertad. Para él, existen tanto una libertad natural como una libertad civil. El hombre posee la primera cuando se encuentra en el estado de naturaleza y sus únicos límites son las fuerzas de los individuos. En el estado de naturaleza, por tanto, el derecho es ilimitado a todo lo que se desea y se puede alcanzar. La libertad civil, al contrario, está limitada por la voluntad general, concepto a ser estudiado a continuación. Rousseau agrega todavía que sólo se adquiere la libertad moral en el estado civil, y tal libertad es la única que vuelve el hombre dueño de sí mismo[107].

Aníbal D'Auria, en su investigación sobre Rousseau, afirma que la voluntad general

> no es otra cosa que la voluntad de los hombres en tanto iguales entre sí. No se confunde con la voluntad de la mayoría ni con la voluntad de todos. Es más bien definida por su objeto que por su sujeto: es más importante que se aplique a todos por igual que el hecho de que provenga de todos unánimemente[108].

En ese sentido, Rousseau indica que, efectivamente, la voluntad, para ser general, no debe ser necesariamente unánime; sin embargo, es necesario que se tomen en cuenta todos los votos, pues toda exclusión formal rompe la generalidad[109]. Además la voluntad general es muy diferente de la voluntad de todos; ésta sólo tiene en cuenta el interés privado; aquélla mira al interés común y no es más que una suma de voluntades privadas retirándose los intereses que se anulan mutuamente[110]. Aunque la voluntad general no se confunda con la voluntad de la mayoría, Rosseau reconoce claramente que "el voto del mayor número obliga siempre a todos los demás; es una consecuencia del contrato mismo[111]". Se quiere decir con ese comentario que, a pesar de no haber una confusión entre tales voluntades, ellas deben coincidir, puesto que, cuando dejan de hacerlo, ya no hay

---

[105] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 52.

[106] Para Kant, la autonomía es el supremo principio de la moralidad. En una de sus trés formulaciones del imperativo categórico (que, en verdad, es uno sólo, pero puede expresarse de trés maneras distintas), Kant pone la autonomía en destaque: "obra según la máxima que pueda hacerse a sí misma ley universal" [traducción libre]. Kant, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995, p. 74.

[107] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 51-52.

[108] D'AURIA, Aníbal Américo. Rousseau: su crítica social y su propuesta política: una lectura actual y libertaria. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 89.

[109] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 58, nota al pie nº 1.

[110] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 60-61.

[111] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 143.

libertad[112]. Hay que exponer todavía una última y fundamental distinción que Rousseau hace, a saber: entre voluntad particular y voluntad general. Aquella tiende, por naturaleza al privilegio y esta a la igualdad[113]. Por lo tanto, tanto en la elaboración como en la aplicación de las leyes, la voluntad particular nunca puede prevalecer sobre la general.

Según Rousseau, el contrato social da existencia y vida al cuerpo político[114], mientras que la legislación determina lo que debe hacer para conservarse. Se dividen las leyes en cuatro especies: las políticas, las civiles, las criminales y las de costumbres. No obstante, él solamente trabaja con las leyes políticas en su tema. Las leyes políticas o fundamentales regulan la acción del cuerpo entero que actúa sobre sí mismo, es decir, regulan la relación del todo con el todo o del soberano con el Estado[115]. En ese sentido, para Rousseau, la ley es el acto por el cual todo el pueblo estatuye sobre todo el pueblo, de tal forma que la materia sobre la cual se estatuye sea general, al igual que lo es la voluntad que estatuye. Eso quiere decir que "la ley considera a los súbditos y a las acciones en abstracto, nunca toma ningún hombre como individuo, ni una acción particular"[116].

3. La articulación entre igualdad, libertad, voluntad general y ley en Rousseau

A partir de la lectura de *El contrato social*, se constata que la ideas de igualdad, libertad, voluntad general y ley están intensamente conectadas, a tal punto que, como ya se dijo, es difícil (o hasta imposible), hablar de una de ellas sin referirse a, por lo menos, una de las otras. En las líneas siguientes se pretende mostrar como se desarrolla esa articulación.

Rousseau entiende que el máximo bien de todos, que debe ser el fin de todo sistema de legislación, puede ser reducido a dos objetos: la libertad y la igualdad. Agrega que aquélla no subsiste sin la última[117]. El contrato social en sí mismo trae la unión entre igualdad y libertad, ya que sus cláusulas se reducen a una sóla: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad. Al darse cada uno por entero, la igual condición es igual para todos y, siendo así, nadie tiene interés en volverla onerosa para los demás (es obvio que nadie es injusto con respecto a sí mismo). Eso, por lo tanto, también quiere decir que, al entregarse cada uno a todos, no se entrega a nadie, sino que se conserva libre. Además, como no hay un asociado sobre el cual no se adquiera el

[112] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 144.
[113] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 57.
[114] "Esa persona pública que se forma así por la unión de todas las demás,. Recibía en otro tiempo el nombre de *ciudad* y recibe ahora el de *república* o de *cuerpo político*, el cual es llamado por sus miembros Estado cuando es pasivo, soberano cuando es activo, potencia al compararlo con sus semejantes". ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 48.
[115] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 86-87.
[116] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 70.
[117] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 84.

mismo derecho que se le concede sobre sí, se gana el equivalente de todo lo que se "pierde", y más fuerza para conservar lo que se tiene[118]. Ésas son las ideas fundamentales del pacto social.

Así como la relación entre igualdad y libertad, la relación entre ley y voluntad general es inseparable. Rousseau asevera que no es necesario preguntar a quién compete hacer las leyes, pues éstos son actos de la voluntad general. En esa misma perspectiva, al hacer la distinción entre ley y decreto, él dice que la voluntad general declarada es un acto de soberanía y hace ley, mientras que la voluntad particular declarada es un acto de administración y se representa por un decreto[119]. Rousseau, en cierto momento de su obra, llega a identificar la ley con la voluntad general[120].

El contrato social, según Rousseau, tiene la intención de formar una asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común, la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, obedezca tan sólo así mismo, y quede tan libre como antes[121]. Desde esa noción ya profundizada anteriormente, se puede comprender la articulación entre igualdad, libertad, voluntad general y ley. Se tome, por ejemplo, la idea de igualdad, según la cual ninguno está por encima del otro y todos están sujetos a las mismas leyes. El interés común (o la igualdad de intereses) es una condición de funcionamento del contrato social. Ese interés común no es otra cosa que la voluntad general, o sea, la voluntad de los hombres en tanto iguales.

La igualdad también es condición para el ejercicio de la libertad, la cual consiste en que nadie puede imponer leyes al otro, salvo él mismo. Si los miembros del cuerpo político no se entregan todos por igual y no tienen los mismos derechos, las voluntades y los intereses particulares prevalecerán y será imposible la creación de las leyes en el sentido que Rousseau defiende (generales en su materia y en su voluntad).

Por fin, la igualdad es fundamental tanto en la creación como en la aplicación de la ley, puesto que, en el primer caso, sólo la voluntad general puede hacerlo (nunca se toma a un hombre como un individuo) y, en el segundo caso, se dirige a todos por igual. Si fuera de otro modo, es decir, si la ley estableciera algun privilegio, ella no sería más una ley, sino un decreto y, por consecuencia, no podría ser aplicado a todos.

Esa misma ilustración podría haber sido hecha a partir de las otras ideas acá estudiadas. El resultado sería igual y seguramente señalaría que hay una relación de enlazamiento entre las ideas de igualdad, libertad, voluntad general y ley en la filosofía política de Rousseau.

4. Conclusión

---

[118] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 64-65.
[119] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 58.
[120] Cf. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op., cit. p. 70, nota al pie nº 1.
[121] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. cit., p. 46.

Al final de este breve trabajo, se puede observar el siguiente: 1) las ideas de igualdad, de libertad, de volunta general y de ley en Rousseau son elementos teóricos fundamentales en la constitución y en el funcionamiento del pacto social propuesto por tal filósofo; 2) las ideas arriba mencionadas están profundamente relacionadas, de tal modo que no deben ser comprendidas apartadamente. Si la presente investigación consiguió fundamentar y revelar esos dos puntos, se considera que sus objetivos fueron cumplidos satisfactoriamente.

5. Referencias

D'AURIA, Aníbal Américo. **Rousseau:** su crítica social y su propuesta política: una lectura actual y libertaria. Buenos Aires: La Ley, 2007.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Tradução de Paulo Quintela. Porto: Porto, 1995.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **El contrato social**. Buenos Aires: Losada, 2003.

OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES SOB O OLHAR DAS NAÇÕES UNIDAS E O ESTADO BRASILEIRO

MÉRCIA CARDOSO DE SOUZA[122]*
DÉBORAH BARROS LEAL FARIAS[123]**

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a proteção aos direitos humanos das mulheres por parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo como direção a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, aprovada pela ONU em 1979, e os princípios por ela inaugurados. É importante lembrar que tal documento constitui-se no primeiro tratado internacional a dispor de maneira ampla sobre os direitos humanos das mulheres, tendo como instrumentos o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação das Mulheres (CEDAW, sigla em inglês) e o Protocolo Adicional à Convenção já mencionada. Nesse sentido, a Convenção e seus instrumentos serão analisados, de modo a suscitar aspectos relevantes para o debate em curso, bem como algumas modificações ocorridas na legislação brasileira.

Palavras-chave: Direitos humanos das mulheres. ONU. Convenção CEDAW. Comitê CEDAW. Protocolo Facultativo. Estado Brasileiro.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the protection of women's human rights by the international law of human rights; the basis of study are the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, approved by the UN in 1979 and its principles. It's important to remember that this document is the first international treaty about women's human rights. The Committee about Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) and the Additional Protocol are the principal basis of that document. Therefore, the Convention and its instruments will be analyzed in order to bring us important aspects to be discussed as well as any change occurred in the Brazilian legislation.

Keywords: Human Rights of Women. UN. Convention CEDAW. Committee CEDAW. Additional Protocol. State Brazilian.

1. Introdução

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) consolidou-se logo após as barbáries cometidas durante a 2ª Guerra Mundial, como ramo distinto do Direito Internacional, pois os chefes de

[122]* Graduada em Serviço Social (UECE) e aluna da Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisadora voluntária do Núcleo de Pesquisas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), integrando o projeto "A evolução e os novos desafios das Nações Unidas" e técnica judiciária do Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE).

[123]** Graduada em Economia (UFC) e Direito (UNIFOR). Mestra em Relações Internacionais (UnB). Doutoranda em Ciência Política (University of British Columbia, UBC, Canadá). Foi professora de Direito Internacional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e da Faculdade Farias Brito (FFB) e integrante da Assessoria Internacional do Gabinete do Governador do Estado do Ceará (2001-2006).

Estado atentaram para a importância de buscar erradicar a violação aos direitos dos humanos. Com isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948. Nas últimas décadas, tem-se considerado os direitos humanos das mulheres como categoria integrante do DIDH. Nota-se, portanto, uma evolução, na medida em que houve no decorrer da história da humanidade uma realidade de exclusão da mulher dos diversos espaços, que era tratada como *o segundo sexo*[124]. Tal situação vem mudando ao longo das décadas. A ONU declarou o período de 1976-1985 como a Década da Mulher. Nesse período, muitas pessoas do mundo inteiro se uniram no intuito de formular propostas a instituições e órgãos responsáveis pelos assuntos relacionados aos Direitos Humanos. Foi nesse contexto que a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Convenção da Mulher), foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1979, mediante resolução A-34-180, tendo entrado em vigor em 3 de setembro de 1981[125].

É importante lembrar que o Estado Brasileiro assinou a Convenção da Mulher no dia 31 de março de 1981[126], e ratificou-a em 1° de fevereiro de 1984[127], oferecendo reservas ao artigo 15, parágrafo 4º, artigo 16, parágrafo 1º, alíneas "a", "c", "g" e "h", e artigo 29. As reservas aos artigos 15 e 16, foram retiradas em 1994, pois estavam incompatíveis com a legislação brasileira, então pautada pela assimetria entre os direitos do homem e da mulher. A reserva ao artigo 29, que não se refere a direitos substantivos, é relativa a disputas entre Estados-partes quanto à interpretação da Convenção e continua vigorando. Quanto ao Protocolo Adicional à Convenção, o Brasil se tornou parte em 2002.

O presente trabalho tratará a questão do DIDH, sob a ótica dos direitos das mulheres. Como direção, utilizar-se-á a Convenção da Mulher (*Convention on the Elimination of All Forms of Discriminations Against Women – CEDAW*[128]) e o Protocolo Adicional do referido tratado.

> O objetivo deste estudo é compreender a Convenção da Mulher sob um prisma particular na proteção internacional dos direitos humanos. Tendo evoluído bastante, no que concerne à conscientização do combate à discriminação contra as mulheres, atualmente, 185 países são Estados-parte, ou seja, mais de 90% dos componentes das Nações Unidas[129]. Especificamente, será contextualizado o surgimento da Convenção da Mulher, especificando os seus dispositivos mais importantes, a exemplo do Comitê CEDAW, que tem por função primordial supervisionar o cumprimento efetivo do tratado nos diversos Estados-Parte e o Protocolo Adicional, bem como as recomendações enviadas ao Estado Brasileiro, e as mudanças na legislação interna.

2. A Convenção da Mulher

---

[124] BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: fatos e mitos. 4. Ed. Tradução Sérgio Milliete. São Paulo: Difel, 1970.
[125] Ver página Oficial do Comitê CEDAW: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/.
[126] Ver página Oficial do Comitê CEDAW: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/.
[127] Ver página Oficial do Comitê CEDAW: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/.
[128] Ver página Oficial do Comitê CEDAW: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/.
[129] A ONU está com 192 Estados-membros. O último país admitido foi Montenegro, em junho de 2006.

O Sistema Global de Proteção aos Direitos Humanos é encabeçado pela Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948, seguida pelos Pactos de 1966 e pelas demais Convenções de Direitos Humanos. A Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Mulheres (Convenção da Mulher) constitui-se em tratado bastante recente, já que data de 1979. O seu texto não foi o primeiro que tratasse dos direitos da mulher aprovado pela ONU, pois antes já existiam tratados referentes aos direitos da mulher casada, dos direitos civis e políticos e do tráfico de mulheres.

Desse modo, a Convenção da Mulher foi idealizada a partir de 1946, quando a Assembléia Geral da ONU instituiu a Comissão sobre o Status da Mulher (CSW, sigla em inglês) para estudar, analisar e criar recomendações de formulação de políticas aos diversos países signatários do referido tratado, vislumbrando ao aprimoramento da situação. A Comissão sobre o Status da Mulher, no período 1949 a 1962, fez muitos estudos sobre a situação das mulheres no mundo, o que deu origem a vários documentos, dentre os quais pode-se mencionar: Convenção dos Direitos Políticos das Mulheres (1952), Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas (1957), Convenção sobre o Casamento por Consenso, Idade Mínima para Casamento e Registro de Casamentos (1962). Em 1967, a Comissão sobre o Status da Mulher se empenhou para elaborar a Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, que se constituiu num instrumento legal de padrões internacionais que articulava direitos iguais de homens e mulheres. Entretanto, não se efetivou como tratado, pois não estabeleceu obrigações aos Estados signatários.

A ONU declarou o período 1976-1985 como a Década da ONU para a Mulher. Foi nessa época que muitas militantes feministas se reuniram em vários espaços e formularam propostas referente aos Direitos Humanos, buscando incluir questões específicas para as mulheres.

Nessa conjuntura foi aprovada a Convenção da Mulher, pela Assembléia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1979, e entrou em vigor em 3 de setembro de 1981, entendendo que as pessoas do sexo feminino seriam alvo de várias maneiras de discriminação por parte da sociedade global. A Convenção é constituída por um preâmbulo e trinta artigos. Vale mencionar que dezesseis artigos versam sobre direitos substantivos que devem ser protegidos, respeitados, garantidos pelos Estados-Parte. No seu artigo 1°, a Convenção traz o conceito do termo "discriminação contra a mulher":

> Para fins da presente Convenção, o termo "discriminação contra mulheres" significa qualquer distinção, exclusão ou restrição feitas com base no gênero que tem o efeito ou propósito de prejudicar ou invalidar o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, em base de igualdade entre homens e mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural, civil ou qualquer outro campo.

A Convenção da Mulher estabelece vários deveres aos Estados-Parte, no sentido de que atuem no seu âmbito interno de modo a eliminar progressivamente a discriminação contra as mulheres, abstendo-se de práticas discriminatórias no âmbito público e

promovendo a igualdade substancial entre os gêneros também na esfera privada. Prevê ainda a modificação da legislação e introdução de mecanismos de ações afirmativas como defesa do status da mulher nos países signatários.

A Convenção em comento estabelece no seu artigo 17 o Comitê supervisor do cumprimento do documento, para o qual os Estados-Parte devem enviar a cada quatro anos, ou quando solicitados, relatórios informando sobre as medidas legislativas, judiciais, administrativas ou de outra natureza que tenham adotado para tornar efetivas as disposições da Convenção, bem como os progressos alcançados[130]. Vale ressaltar que até fevereiro de 2008 haviam 98 Estados signatários e 185 Estados-Parte da Convenção[131].

Segundo Seager, a Convenção da Mulher:

> [...] constitue um jeu de normes et de principes universels destinés à servir de références aux plitiques nationales à long terme, il s'agit d'éliminer toute discrimination sexuelle. Les gouvernements qui ratifient la Convention doivent mettre em place des politiques et des lois visant à supprimer toute discrimination envers les femmes[132].

A Convenção da Mulher é um tratado com grande número de reservas[133] dos seus dispositivos, o que implica em dificuldades para a satisfatória aplicação do referido documento, na medida em que os Estados-Parte não se obrigam na garantia dos direitos das mulheres no âmbito de seus territórios[134].

Após isso, a ONU realizou muitas conferências, entre elas a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em Viena, Áustria (1993) e a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo (1994). As mulheres organizadas participaram desses debates, o que resultou em alguns avanços, como a redação que consta no artigo 18 da Conferência de Viena, que diz "os direitos humanos das mulheres e das meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais". É importante lembrar que na Conferência referida foi enfatizada a igualdade de gênero e a proteção aos direitos humanos das mulheres e meninas.

2.1. O Comitê CEDAW

O Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra Mulheres (Comitê CEDAW, sigla em inglês) está previsto no artigo 17 da Convenção da Mulher, sendo constituído de 23 especialistas de

---

[130] Vide art. 18 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

[131] Ver página Oficial do Comitê CEDAW: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/.

[132] SEAGER, Joni. **Atlas des femmes dans le monde: la realité de leurs conditions de vie.** Paris: Éditons Autrement, 2003, p. 16.

[133] Ver página Oficial do Comitê CEDAW: www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/.

[134] Devido a fatos desta natureza, alguns países ainda são, em pleno século XXI, palco de discriminação das mulheres, a exemplo do que aconteceu no Irã, quando a jornalista e militante feminista iraniana Nasrin Afzali foi condenada a seis meses de prisão e a dez chibatadas pelo suposto fato de "perturbar a ordem pública", pois teria participado de uma manifestação em março de 2007 em frente ao Tribunal Revolucionário do Teerã, onde aconteceria o julgamento de várias feministas. Vale ressaltar que no Irã nos últimos meses foram presas várias mulheres que lutam pela igualdade de direitos entre os gêneros. (Fonte: Jornal O POVO – 21/04/2008).

"elevado conceito moral e competência na área", para exercerem um mandato de quatro anos. As especialistas devem ser eleitas pelos Estados-Parte dentre as nacionais, devendo ser nomeadas de acordo com as capacidades pessoais[135].

O Comitê CEDAW tem como funções:

a. Examinar os relatórios periódicos apresentados pelos Estados-Parte (artigo 18 da Convenção);

b. Formular sugestões e recomendações gerais (artigo 21 da Convenção);

c. Instaurar inquéritos confidenciais (artigos 8 e 9 do Protocolo Adicional);

d. Examinar comunicações apresentadas por indivíduos ou grupo de indivíduos que aleguem ser vítimas de violação dos direitos constantes na Convenção (artigos 2 a 7 do Protocolo Adicional).

Analisar-se-á cada tarefa, de maneira específica, neste momento.

a. Examina os relatórios periódicos apresentados pelos Estados-parte

Conforme o artigo 18 da Convenção da Mulher, os Estados-parte devem apresentar relatórios periódicos dando ênfase às medidas legislativas, judiciárias, administrativas ou de outra natureza que adotarem para efetivar as disposições previstas na Convenção e os progressos alcançados. O primeiro relatório deve ser apresentado após um ano da ratificação do tratado e os demais a cada quatro anos e sempre que o Comitê solicitar. No tocante ao auxílio aos Estados-parte, o Comitê adotou algumas recomendações para que os Estados elaborem seus relatórios.

Desse modo, após o recebimento do relatório do Estado-parte, um grupo de trabalho do Comitê CEDAW, constituído por cinco partes se reúne antes da sessão com o intuito de preparar uma lista de questões e perguntas para serem enviadas aos Estados antes da apresentação do relatório. Durante a sessão, oito dos Estados-parte devem apresentar oralmente seus relatórios. Após a apresentação o Comitê faz observações, que devem ser posteriormente, respondidas pelo Estado. Ao final, o Comitê elabora comentários finais sobre os relatórios apresentados, que devem ser incluídos em seu relatório final à Assembléia Geral. O exame dos relatórios objetiva o alcance de um diálogo que seja construtivo entre os Estados-parte e o Comitê CEDAW.

b. Formula sugestões e recomendações gerais

De acordo com o artigo 21 da Convenção da Mulher, é facultado ao Comitê CEDAW a elaboração de sugestões e recomendações gerais baseadas no exame dos relatórios e de informações

[135] Artigo 17 da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher.

recebidos pelos Estados-parte. Via de regra, as sugestões são encaminhadas a entidades das Nações Unidas, enquanto as recomendações gerais são direcionadas aos Estados-parte.

As recomendações gerais oriundas do Comitê CEDAW versam sobre temas abordados pela Convenção e oferecem orientações aos Estados-parte sobre suas obrigações que estão previstas no referido documento e os caminhos necessários ao seu cumprimento. É importante o fato da elaboração do conteúdo das recomendações contar com a participação não somente de integrantes do Comitê, mas de organizações da sociedade civil e de agências e órgãos das Nações Unidas, dentre outros.

c. Instaura inquéritos confidenciais

Conforme o artigo 8° do Protocolo Adicional à Convenção da Mulher, caso o Comitê receba informação indicando violações graves ou sistemáticas de direitos estabelecidos no tratado mencionado por um Estado-parte, o Comitê deverá convidar o Estado envolvido a apreciar junto ao Comitê, a comunicação e a apresentar suas observações sobre a questão. O Comitê poderá encarregar alguns membros a dar andamento a um inquérito e a comunicar com urgência os resultados. Caso seja justificável e houver aquiescência do Estado-parte, o inquérito poderá incluir visitas ao território deste Estado.

Desse modo, após a análise das conclusões do inquérito, o Comitê deve comunicar ao Estado a questão, que terá o prazo de seis meses para apresentar suas observações. O procedimento do inquérito tem caráter confidencial e a cooperação do Estado-parte poderá ser solicitada a qualquer tempo.

d. Examina comunicações apresentadas por indivíduos ou grupo de indivíduos que aleguem ser vítimas de violação de direitos dispostos na Convenção da Mulher

A partir da aprovação do Protocolo Adicional à Convenção da Mulher, foi facultado ao Comitê CEDAW examinar as comunicações apresentadas por indivíduos ou grupos de indivíduos, sob a jurisdição do Estado-parte, que afirmem ser vítimas de violação de quaisquer dos direitos abordados pelo mencionado tratado. Para operacionalizar isso, o comitê verifica se as comunicações as quais seja verificado o esgotamento dos recursos internos, isto é, que todos os meios processuais na ordem interna tenham sido esgotados, a não ser que o meio processual previsto tenha ultrapassado os prazos razoáveis ou que seja improvável que conduza a uma reparação efetiva da requerente.

No caso da comunicação ser admitida, o Comitê deverá comunicar ao Estado, que terá o prazo de seis meses para apresentar suas observações. O Comitê deverá escutar as requerentes em sessões

fechadas e transmitirá suas recomendações às partes interessadas. O Estado terá mais seis meses para apresentar documento escrito que esclareça sobre as providências adotadas.

De acordo com a Declaração de Viena, documento final da Conferência de Direitos Humanos de 1993:

> Ações e medidas para reduzir o amplo número de reservas à Convenção devem ser encorajadas. Dentre outras medidas, o Comitê de Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher deve prosseguir na revisão das reservas à Convenção. Os Estados são convidados a eliminar as reservas que sejam contrárias ao objeto e ao propósito da Convenção, ou que sejam incompatíveis com os tratados internacionais.

Nessa compreensão, faz-se necessário um esforço do Comitê CEDAW, no sentido de proceder a revisão do número de reservas aos dispositivos da Convenção da Mulher, inclusive é o que consta no documento final produzido na Conferência de Direitos Humanos.

2.2. O Protocolo Adicional à Convenção CEDAW

Em 1991, durante uma reunião da CSW com alguns especialistas, viu-se a necessidade de se criar um Protocolo Facultativo à Convenção da Mulher, o que recomendou-se à ONU. Iniciou-se, dessa maneira, uma longa caminhada para a criação de um documento formal, separado da Convenção citada, que deveria introduzir um procedimento para o recebimento de comunicações de violações de direitos humanos das mulheres, bem como outro de investigação.

Com isso, em 22 de dezembro de 2000, entrou em vigor o Protocolo Adicional à Convenção da Mulher, com o objetivo instituir uma fiscalização mais efetiva do cumprimento do tratado. Os Estados-Parte têm a faculdade de concordar com as disposições nele contidas, assinando e ratificando. Vale mencionar que o Protocolo não permite reservas. O Protocolo Facultativo foi assinado e ratificado por 90[136] Estados-parte, até novembro de 2007.

O Protocolo contém vinte e um artigos e dois procedimentos. Quanto ao primeiro procedimento, este possibilita à mulher e a grupos de indivíduos vítimas de discriminação de gênero enviar uma comunicação[137] ao Comitê CEDAW. Ao ratificar o Protocolo, os Estados-Parte reconhecem a competência do Comitê de receber e analisar as comunicações, esgotados todos os recursos nacionais. Já o segundo procedimento, tem a função de investigar e permite ao Comitê

---

[136] Ver página Oficial do Protocolo Facultativo à Convenção CEDAW: http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/protocol/sigop.htm.

[137] Comunicação é a palavra utilizada pela ONU para expressar uma reclamação encaminhada por indivíduos ou grupos de indivíduos a um de seus órgãos para denunciar a violação aos direitos humanos.

CEDAW dar início, por iniciativa própria e baseado em informações que tenham credibilidade, uma apuração de violações graves dos direitos previstos na Convenção da Mulher.

O Protocolo constitui-se em mais um instrumento para a efetivação dos direitos humanos das mulheres, pois possibilita à mulher que tenha os seus direitos violados, ingressar com uma reclamação contra um Estado que seja um possível violador de direitos humanos. O Protocolo Adicional tem alguns procedimentos, os quais se descreverão neste momento.

2.2.1. O Procedimento de Queixas Individuais

Conforme consta no Protocolo, o Comitê CEDAW está a cargo do primeiro procedimento da ONU de "recurso de queixas" referente aos direitos das mulheres, especificamente, com o objetivo de responder a casos individuais de violações e garantir a reparação para as vítimas. Outros indivíduos ou grupos de indivíduos, inclusive organizações não governamentais podem apresentar comunicações em nome das vítimas, desde que estas dêem anuência, ou ainda, mediante uma justificativa da ausência daquela. A comunicação é enviada ao Secretário-Geral da ONU, que deverá enviá-la ao Comitê CEDAW. Consta de várias fases: pré-admissibilidade, decisão de admissibilidade, consideração de méritos, opiniões e recomendações, seguimento.

2.2.2. O Procedimento de Investigação

O Protocolo estabelece o primeiro procedimento de investigação da ONU sobre a violação de direitos humanos das mulheres. Tem por objetivo investigar violações graves e massivas de direitos humanos dentro de um prazo razoável. Tal procedimento permite ao Comitê CEDAW, por iniciativa própria e baseada em informações dotadas de credibilidade, uma apuração de violações graves ou sistemáticas dos direitos previstos na Convenção da Mulher, nos Estados-parte. Vale ressaltar que o Comitê CEDAW só admite a comunicação caso o Estado tenha assinado e ratificado o Protocolo Facultativo.

Consta de várias fases: recibo de denúncia, início de investigação, comentários e recomendações, seguimento, procedimentos.

2.3. O Comitê CEDAW e o Estado Brasileiro

O Brasil tem como marco jurídico à Convenção da Mulher e, em especial à recomendação do Comitê CEDAW de consagrar e garantir, através de lei, o princípio da igualdade entre homens e

mulheres, a Constituição Federal de 1988, em especial no seu artigo 5°, o qual afirma a igualdade entre mulheres e homens.

A legislação brasileira, nos últimos anos, tem passado por algumas importantes alterações, destacando-se o novo conteúdo do Código Civil de 2002, as alterações no Código Penal, ocorridas em 2005, bem como o advento da Lei n° 11.340/2006, que trata sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, também conhecida como Lei Maria da Penha.

A Constituição Federal de 1988 constitui-se no marco histórico nacional referente à proteção aos direitos humanos das mulheres, bem como ao reconhecimento da cidadania dessas. Isso foi fruto de um longo processo de deliberações em plenários, reivindicações dos movimentos sociais, o que trouxe a inclusão da noção de igualdade de direitos sob uma perspectiva étnica, racial e de gênero. Tal documento contribuiu mais ainda para que o Brasil se integrasse ao sistema internacional de direitos humanos.

Existem dois tratados internacionais que foram assinados e ratificados pelo Estado Brasileiro que tratam especificamente sobre a erradicação das desigualdades de gênero. São eles: Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

Segundo Campos:

> Tais tratados, além de criarem obrigações para o Brasil perante a comunidade internacional, também originam obrigações no âmbito nacional e geram novos direitos para as mulheres que passam a contar com a instância internacional de decisão, quando todos os recursos disponíveis na legislação nacional falharem à realização da justiça. Isto significa, portanto, pedir auxílio e denunciar práticas de violência contra a mulher à Comissão Interamericana de Direitos Humanos[138].

Foi durante a Conferência Mundial de Direitos Humanos, em Viena, no ano de 1993, que o movimento de mulheres reivindicou a inclusão de alguns pleitos, o que foi colocado na Declaração e no Programa de Ação de Viena, definindo que "os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral dos direitos humanos universais". A partir dessa conjuntura, os direitos das mulheres foram vistos como direitos humanos.

Com relação à Convenção da Mulher, esta prevê no artigo 17 o Comitê supervisor do cumprimento do tratado nos Estados-parte.

O Comitê CEDAW (ONU) enviou recomendações ao Estado Brasileiro, no sentido de que este adequasse sua legislação interna à Convenção da Mulher, de modo que combatesse a discriminação de gênero, pois eram vigentes muitas leis que atentavam para a discriminação das mulheres. É importante lembrar que o Estado Brasileiro demorou 17 anos para enviar os relatórios previstos no artigo 18[139] da Convenção da Mulher.

---

[138] CAMPOS, Amini Haddad e CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos humanos das mulheres.** Curitiba: Juruá, 2008, p. 144.

[139] Artigo 18 da Convenção da Mulher – "Os Estados Signatários comprometem-se a apresentar ao Secretário Geral das Nações Unidas,para efeitos de consideração pela Comissão, um relatório sobre as medidas legislativas, judiciais, administrativas, ou outras que tenham adotado a fim de dar cumprimento às disposições da presente Convenção e sobre os progressos alcançados nesse domínio [...]".

As principais áreas de preocupação e recomendações do Comitê, emitidas após o envio de cinco relatórios brasileiros, em 2002, versaram sobre: a inexistência de igualdade jurídica entre mulheres e homens; a inobservância do poder Judiciário em relação ao cumprimento dos tratados internacionais, nos quais o Brasil é signatário; existência de intensas disparidades regionais econômicas e sociais, em especial no acesso à educação, emprego e serviços de saúde, estando impedindo o cumprimento uniforme da Convenção da Mulher; o Código Penal, em 2003, ainda conter conteúdo discriminador das mulheres, como o termo "mulher honesta"; apesar da decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em 1991, o poder judiciário por muitas vezes aplicar a tese da "legítima defesa da honra" para homens acusados de praticar a violência contra a mulher, o que se constitui em explícita violação aos direitos humanos; o impacto da pobreza com relação às mulheres brasileiras afro-descendentes e indígenas, chefes de famílias, bem como de outros grupos que vivem à margem da sociedade; a persistência da violência contra mulheres e meninas, incluindo-se aí a violência doméstica e sexual; o aumento das taxas de incidência de várias formas de exploração sexual e tráfico de mulheres e meninas no Brasil; com a participação de policiais e com sua convivência com a exploração e tráfico; ausência de dados desagregados por sexo e informação insuficiente sobre a exploração sexual de crianças e adolescentes de rua; a sub-representação das mulheres em todos os níveis e instâncias de poder decisório, bem como em posições qualificadas em algumas áreas da vida pública e profissional, como no judiciário e nas relações exteriores, enfim, nos mais altos escalões; a participação das mulheres nos mais altos cargos seja muito menor que a dos homens; a alta taxa de analfabetismo e baixa porcentagem de mulheres com formação educacional que ultrapasse a escola primária; embora o ensino seja uma profissão eminentemente feminina, as mulheres ainda estejam sub-representadas no ensino superior; a discriminação da mulher no mercado de trabalho; altas taxas de mortalidade materna, em particular nas mais remotas regiões onde o serviço de saúde é bastante limitado; ausência de dados sobre as mulheres rurais, no que concerne à raça e etnia[140], entre outras. Vale lembrar que a cada preocupação o Comitê CEDAW mencionou uma recomendação ao Estado Brasileiro.

> No caso, o Estado Brasileiro defende o princípio da igualdade, na medida em que edita novas leis, como o novo Código Civil, sancionado em 2002, que entrou em vigor em 2003, as alterações realizadas no Código Penal, em 2005, bem como o advento da Lei n° 11.340/2006, que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher, aprovada em 2006. Entretanto, o Brasil ainda não cumpriu ao todo o que a recomendação referente ao sexto relatório periódico, de número 16[141] determinou, pois não se vê no cotidiano a difusão de informações no sentido da população

[140] Recomendações do Comitê CEDAW ao Estado Brasileiro. Disponível em: <http://www.agende.org>.

[141] "O Comitê convoca o Estado-parte a assegurar que a Convenção e a legislação doméstica relacionada sejam parte integrante na educação e do treinamento de funcionários judiciais, incluindo juízes, advogados, promotores e defensores públicos, bem como da grade curricular das universidades, de forma a estabelecer firmemente no país uma cultura legal de apoio à igualdade de gênero e não-discriminação. Convoca o Estado-parte a ampliar ainda mais o conhecimento das mulheres sobre seus direitos, inclusive em áreas remotas e entre os grupos em maior desvantagem, por meio de programas de alfabetização legal e assistência jurídica, de forma que elas possam reivindicar seus direitos com base na Convenção. Encoraja o Estado-parte a disseminar e ampliar mais a conscientização sobre a Convenção e o Protocolo Facultativo entre o público em geral, de forma a criar

ficar informada sobre a Convenção da Mulher.

3. Conclusão

Pode-se concluir que a Convenção da Mulher, em conjunto com o seu Protocolo Facultativo e o Comitê CEDAW se constituem em formas de concretizar os direitos humanos das mulheres na esfera internacional, compondo, desse modo, o Sistema Mundial de Proteção aos Direitos Humanos. É importante lembrar que tal tratado foi o segundo mais ratificado, mas também possui amplo número de reservas, o que dificulta a efetivação dos direitos das mulheres em vários países.

Dessa maneira, o Comitê CEDAW exerce duas funções, quais sejam, fiscalizar e opinar, não toma decisão e as recomendações por ele emanadas não têm força de lei, ou seja, em caso de descumprimento, o Estado-Parte não está sujeito à sanção e tem a faculdade de cumprir ou não, fato este que representa um problema grave para que o referido tratado possa ser concretizado com êxito.

Considera-se de grande relevância o conjunto de tratados que versam sobre o DIDH, e mais especificamente, sobre os direitos humanos das mulheres, pois colocam esses direitos num patamar de importância na esfera internacional, além de desenvolverem atividades que objetivam a proteção às possíveis violações dessa natureza. Infelizmente, o Comitê CEDAW não é dotado de um poder que possa vincular juridicamente os Estados-Parte no cumprimento efetivo das recomendações. Logo, o Comitê CEDAW deve fazer valer o poder político de modo a conscientizar os países que violam os direitos das mulheres, pressionando dessa forma, para que os países se sintam constrangidos, e projetem ações afirmativas para erradicar a discriminação das mulheres no âmbito dos seus respectivos territórios.

Quanto ao Estado Brasileiro, pode-se concluir que é detentor de uma dívida social, política e econômica com as mulheres, que representam mais de 50% da população. É importante lembrar que, devido à falta de vontade política dos governantes do período de redemocratização (1985-2002), o Estado Brasileiro demorou 17 longos anos para elaborar um relatório ao Comitê CEDAW sobre a situação das mulheres, o que foi fruto de um trabalho em conjunto que envolveu a participação do movimento de mulheres, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Justiça, além da contribuição de especialistas comprometidas com a promoção dos direitos humanos. O Brasil é um país de imensas desigualdades, o que vem dificultar que se atinja a igualdade de fato e de direito entre homens e mulheres. O ideal seria que os detentores do poder se comprometessem com as causas sociais, propondo e efetivando políticas públicas dotadas de eficácia, e não somente como um "faz de conta". Mas, infelizmente, vive-se o mundo real, e neste é complicado colocar em prática a

---

conscientização sobre os direitos humanos das mulheres". (Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher – Trigésima nona sessão – 23 de Julho – 10 de Agosto de 2007).

preocupação com a sociedade, na medida em que muitos detentores do poder, seja qual for a forma, não têm muito compromisso com a sociedade.

Mesmo assim, nota-se uma evolução do Estado Brasileiro com relação à proteção aos direitos humanos das mulheres, mesmo que em parte, pois a partir do governo de Luiz Inácio Lula da Silva, criou-se: a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, a Secretaria Especial para a Promoção dos Direitos Humanos, a Secretaria Especial de Políticas para a Promoção da Igualdade Racial, entre outras medidas, o que pode ser o início de algumas mudanças. O desafio é implementar políticas públicas que possam ser exitosas, na medida em que se trabalha com orçamentos exíguos, descontinuidade administrativa, políticas fragmentadas, atuações isoladas, dentre outros. Assim, o Estado Brasileiro, mesmo que de maneira lenta tenta adequar a sua legislação à Convenção da Mulher, seja editando leis que combatam a discriminação das mulheres, colocando em prática políticas públicas, entre outros. Uma questão para ser pensada é a da igualdade de fato entre homens e mulheres, o que ainda não foi atingido. É importante ressaltar que existem muitas leis, o problema crucial é a ineficácia atual em cumpri-las por parte do poder público.

4. Referências

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria geral dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ALMEIDA, Guilherme de Assis; MOISÉS, Cláudia Perrone, (Org.) **Direito internacional dos direitos humanos- instrumentos básicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

BARDWICH, Judith M. **Mulher, sociedade, transição**. São Paulo/Rio de Janeiro: Difel, 1979.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: fatos e mitos. 4. ed. Tradução Sérgio Milliete. São Paulo: Difel, 1970.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro, RJ: 1992.

BRASIL. **Relatório nacional brasileiro**. Relativo aos anos de 1985, 1989, 1993, 1997 e 2001, nos termos do artigo 18 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Brasília, junho de 2002.

BRASIL. **O Brasil e o cumprimento da CEDAW.** Contra-Informe da Sociedade Civil ao VI Relatório Nacional Brasileiro à CEDAW –período 2001-2005. Brasília, julho de 2007.

BRASIL. Presidência da República. **Participação do Brasil na 29ª Sessão do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação da Mulher – CEDAW**. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, 2004.

BRASIL. **Contra-informe da sociedade civil: VI Relatório Nacional Brasileiro à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - CEDAW**. Período 2001-2005. Julho – 2007.

CAMPOS, Amini Haddad e CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. **Direitos humanos das mulheres.** Curitiba: Juruá, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, v. 1.

CEDAW**: The Treaty for the Rights of Women**. Milani, Leila Rassekh, Albert. Sarah C. NY USA, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre a mulher e seus direitos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GARCIA, Emerson. **Proteção internacional dos direitos humanos: breves reflexões sobre os sistemas Convencional e Não-Convencional**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

GUERRA, Sidney César Silva. **Tratados e Convenções internacionais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

LINS, Daniel Soares (org.) BORDIEU, Pierre et al. **A dominação masculina revisitada**. Tradução Roberto Leal Ferreira. Campinas: Papirus, 1998.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1.

NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher.** Centro de Informação das Nações Unidas. Rio de Janeiro, 1994.

REZEK, J. F. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SEAGER, Joni. **Atlas des femmes dans le monde: la realité de leurs conditions de vie**. Paris: Éditons Autrement, 2003.

O Reino de Portugal, a Colônia do Brasil e os Órgãos Jurisdicionais: Breve Análise da estrutura Judiciária Luso-Brasileira

GUSTAVO CÉSAR MACHADO CABRAL[142]*

Resumo

Este artigo tem como principais objetivos apresentar esclarecimentos sobre a estrutura jurisdicional no Império Português durante o Antigo Regime e apresentar as características gerais desse período, precisamente nos âmbitos político e jurídico. Foi possível encontrar que o elemento mais importante era a ignorância da divisão de poderes, e as suas conseqüências eram a acumulação de funções em um mesmo órgão e o envolvimento do Rei com tudo o que se relacionasse com o Estado. No que se relaciona a Portugal e às suas colônias, havia um sistema jurisdicional que foi construído ao longo de quase quatro séculos, e esse sistema integrou as colônias à Metrópole. Podemos concluir que a estrutura jurisdicional portuguesa foi importante não só para aplicação da lei durante o período colonial, mas também para a construção do sistema jurisdicional brasileiro.

Abstract

This paper has as main objectives clarifying the jurisdictional structure in Portuguese Empire during the *Ancient Régime* and presenting the general characteristics of these times, precisely in political and juridical matters. It was possible to find that the most important element was the ignorance of the division of powers, and its consequences were the accumulation of functions in the same organ and the King's involvement with everything linked to the State. Regarding to Portugal and its colonies, there was a jurisdictional system which was built during almost four centuries, and this system has integrated the colonies into the Metropolis. We could conclude that the Portuguese jurisdictional structure was not only important to the law's enforcement during colonial times, but also to the construction of Brazilian's own jurisdictional system.

1. Introdução

Apesar de possuir um título longo, especialmente escolhido para abranger o que, de fato, será abordado, este trabalho tem objetivos bastante simples. Trata-se de uma tentativa de sistematizar de forma clara e direta a estrutura Judiciária Portuguesa durante o Antigo Regime. Tal tema, entretanto, necessita de algumas explicações prévias, a fim de que a compreensão ocorra da melhor forma possível.

A primeira questão que se levanta é a cronológica. A delimitação precisa do período abrangido por este trabalho só pode se dar de forma parcial, uma vez que, apesar de possuir

[142]* Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado.

um termo final consensualmente estabelecido, falta-lhe o começo. Em outras palavras, temos como época última do Antigo Regime, para fins deste artigo, a separação política entre Brasil e Portugal[143]; quanto ao momento em que começa o Antigo Regime em Portugal, no entanto, não há uma data precisa, e muita discussão a respeito surge sem que haja uma definição definitiva[144].

A fim de não prolongar em demasia a discussão, estabelecemos como começo do Antigo Regime, para fins desta dissertação, não um ano, mas um fato, o do estabelecimento da Casa de Suplicação de Lisboa, o principal tribunal português. No momento apropriado, quando discutiremos os órgãos judiciários em espécie, abordaremos a matéria; por hora, tenhamos como início da época dos nossos estudos o século XIV, no ano de 1385, quando o rei D. João I, fundador da dinastia de Avis, transferiu a Casa de Suplicação de Santarém para Lisboa.

Outra questão relevante diz respeito ao aspecto territorial. A escolha do título deste artigo foi propositalmente didática, a fim de que ficasse claro que o estudo, apesar de ser

---

[143] O grande marco do fim do Antigo Regime em terras portuguesas foi a Revolução de 1820, à qual se seguiram a Assembléia Constituinte de 1821 e a Constituição Portuguesa de 1822. Não restam dúvidas de que o movimento liberal do Porto precipitou o separatismo no Brasil, uma vez que, com aquele, o Brasil perdeu parte da autonomia com a qual vinha sendo agraciado desde a chegada dos Bragança ao Rio, em 1808. Em carta ao Príncipe Regente D. Pedro, José Bonifácio de Andrada e Silva deixa clara a sua insatisfação com as Cortes, onde ele e seus irmãos tiveram atuação destacada como deputados: "(…) legitimaram as Cortes de Lisboa pelo seu decreto de 18 de abril do passado [1820] os governos provisórios criados nas diversas províncias do Brasil, e declararam beneméritos da pátria os que premeditaram, desenvolveram e executaram a regeneração política da nação. E como agora ousa o decreto de 29 de setembro anular a doutrina estabelecida no decreto de 18 de abril? Se o novo decreto era talvez necessário para alguma das províncias do Brasil, que estivessem em desordem e anarquia, só a esta poderia ser aplicado e por ela aceito" BONIFÁCIO, José. Representação ao príncipe (2). In: CALDEIRA, Jorge (Org.). **José Bonifácio de Andrada e Silva**. São Paulo: 34, 1999, p. 138-145, Capítulo 9, à p. 139. Com a declaração de independência do Brasil, a sua estrutura política foi separada da portuguesa, o que, por si só faz com que essa data, 1822, simbolize, ao menos para este trabalho, o fim do período estudado.

[144] Trata-se de assunto longo e para o qual existe vasta bibliografia. De acordo com a tradicional classificação dos períodos históricos, ter-se-ia a Idade Média estendido do século V ao XV, quando começou a Idade Moderna, onde comumente se fala em Antigo Regime. A situação de Portugal parece ter sido peculiar em relação aos demais países europeus, em virtude da sua prematura unificação política, em 1139, sob a liderança de D. Afonso Henriques. É fato que o processo de diminuição das forças políticas locais, como em toda Europa, deu-se de maneira lenta e gradual. Autores há que duvidam da existência do feudalismo em Portugal, como José Câmara, mas ele mesmo reconhece a fragmentação do Poder Central, cuja unificação se deu, segundo a sua perspectiva, quando D. João III mandou "ao tribunal o Duque de Bragança, já previamente condenado à morte, muito antes mesmo de submeter-se ao julgamento competente. Cansado com as delongas provenientes das discussões dos textos legislativos, o *Príncipe Perfeito* decide com suas próprias mãos a sorte do Duque de Vizeu, D. Diogo, seu cunhado e primo, porque o incomodavam de certo os argumentos forenses contrários à sua maneira de pensar; apunhala-o com a mesma serenidade com que no dia seguinte haveria de assistir à missa na capela real, desde que 'era varão espiritual e muito dado a Deus', no dizer de Sousa, e mais tarde pedir perdão de seus desmandos ao sucessor de São Pedro no Trono apostólico. Com a morte dos Duques, em 1483-84, e de alguns prelados eminentes, também implicados na conjuração que se diz destinada a derrubar o Príncipe, entre os quais se encontrava o eminente bispo de Évora, a quem o rei mandara matar afogado num poço, extinguiam-se de fato os últimos vestígios da nobreza feudal, ou alto clero, como querem os entendidos, já que não é questão pacífica a da existência do feudalismo em Portugal" CÂMARA, José. **Subsídios para a História do Direito Pátrio**. Tomo I (1500-1769). Rio de Janeiro: Livraria Brasiliana, 1954, p. 67.

sobre a organização judiciária portuguesa, teria como foco a análise dessa estrutura no Brasil. Não poderíamos descrever, pura e simplesmente, os órgãos que compunham o rudimentar braço judiciário da Colônia sem trazer as relações com os órgãos principais, sediados em solo metropolitano, sob pena de incorrer em incompletude.

Desta forma, optamos por estudar, de maneira breve, é claro, os órgãos globalmente, trazendo à tona e concedendo atenção maior aos poucos órgãos aqui sediados, constituindo-se objetivos precípuos deste trabalho a análise da estrutura judiciária do Império Português durante o Antigo Regime, entre os séculos XIV e XIX, enfatizando-se as suas manifestações na Colônia do Brasil, sem esquecer, porém, as características do período histórico por nós abordado.

2. Panorama Geral do Período

Diversas características fazem do Antigo Regime um período singular na História européia, especialmente no que se refere ao âmbito político. Muitos desses caracteres revelavam uma sociedade estruturada de maneira em que alguns dos seus segmentos detinham certos privilégios que não eram extensíveis a outros, e essas diferenças, persistindo durante séculos, ocasionaram o cansaço daqueles que se sentiam explorados, os quais se organizaram e puseram fim à era de concessões desmedidas a uns e de sobrecarga dos demais.

Enquanto perdurou, o Antigo Regime pode ser considerado um período de transição entre o medievalismo e a contemporaneidade. Os fundamentos da sociedade do período eram basicamente medievais, persistindo regalias às castas nobiliárquicas e eclesiásticas que remontavam a Alta Idade Média. Diferenças havia, é óbvio, e entre elas duas se erguem como fundamentais: a questão política e a econômica.

Quanto a esta, sem maiores delongas, percebe-se a paulatina perda da força do modo feudal de produção e a conseqüente ascensão do capitalismo, favorecido pelo reaparecimento do comércio. No Antigo Regime, e é preciso que isso fique claro, as estruturas feudais não desapareceram por completo, mas restaram diminuídas em importância e grandeza; havia, ainda, em algumas regiões unidades auto-suficientes, especialmente na França e nos domínios do Sacro-Império, mas o prestígio político dos nobres comandantes dessas unidades não era nem de longe semelhante àquele presente séculos antes.

No âmbito político, o que ocorreu foi o destaque do Rei como chefe maior de todas as unidades políticas. Essa figura, por mais que existisse durante toda a Idade Média[145], não possuía a força política que lhe caracterizou a partir dos séculos XIV e XV. A existência de um soberano, cuja autoridade se sobrepunha a dos demais nobres, foi peça fundamental na organização dos Estados europeus, justamente por ele encarnar em si a figura do Estado.

Essa força da figura do Rei foi ponto principal para caracterizar a Idade Moderna como sendo o período do Absolutismo Monárquico. Sobre o Absolutismo, muitas teses foram elaboradas, carregadas do histórico sentimento contrário a ele, influenciado por demais pelas idéias iluministas e liberais dos séculos XVIII e XIX, sendo comum a crença geral num poder ilimitado dos monarcas, sintetizado no pensamento de que, abaixo de Deus, o Rei podia tudo.

Tal pensamento não pode prosperar. Por óbvio, havia limitações aos poderes reais que deveriam ser respeitadas, para que o Estado permanecesse organizado. Era o caso da óbvia limitação à manutenção da própria entidade estatal, uma vez que ao Rei não era permitido abolir o Estado e a Monarquia, pois essa era a configuração que fora dado ao Estado pelas suas constituições[146]. Outra limitação, essa mais presente nos países que permaneceram fiéis a Roma após o Concílio de Trento, era o respeito à separação entre as autoridades do Monarca e da Igreja[147].

---

[145] É verdade que nem todos os países europeus, como hoje os conhecemos, tiveram monarquias estabelecidas em períodos anteriores à Idade Moderna. A Itália, por exemplo, sob a influência papal, que se manifestou até nos âmbitos temporais, não possuía uma figura real, nem de forma figurativa. Mas a França, por sua vez, tem uma história monárquica que nos remonta ao século VI, quando Clóvis I unificou os francos e fundou a dinastia merovíngia, destituída somente em 751, quando Pepino, o Breve, ascendeu ao trono e inaugurou a dinastia carolíngia; mas o posto de Rei da França só apareceu, oficialmente, em 843, a partir do recebimento de Carlos II, o Calvo, pelo Tratado de Verdum, da maior pare do território francês, e daí até 1792, ou seja, durante quase novecentos e cinqüenta anos, a França possuiu um Rei, ainda que ele tivesse dificuldades para implantar a sua autoridade por todo o País, em decorrência da força que possuíam os nobres do interior. Portanto, a grande questão não é a existência ou não da figura do Rei, mas sim a sua força para fazer impor a sua vontade por todo o território por ele governado.

[146] A idéia de constituição, em um sentido contemporâneo do termo, é fruto do movimento liberal, o qual acabou justamente com o Antigo Regime. Por conta disso, há quem defenda que não se pode falar em constituição antes dos Textos americano de 1787 e francês 1792. Não compartilhamos essa idéia e não estamos sós. Nélson Saldanha, por exemplo, reconhece que "no medievo, houve realmente aspectos já 'constitucionais' na vida política, e os autores de língua inglesa muitas vezes aludem a eles; houve concepções políticas, das quais as idéias liberais modernas foram em grande medida continuação e reelaboração", SALDANHA, Nélson. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p.5. Wolfgang Schmale, ao tratar da França durante o Antigo Regime, fala de duas aplicações do termo *constitution*, uma ligada à "unidade ordenada de um todo" (Geordnete Einheit enes Ganzen), aplicável ao corpo humano, às corporações, às empresas, ao Estado e à Igreja, e outra dentro de um sentido jurídico peculiar, sinonímia de ato normativo, podendo ser promulgada por autoridades seculares ou eclesiásticas, apud DINIZ, Márcio. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.38-39). Desta forma, não há como negar que existia uma concepção de Constituição como organização política genérica do Estado, a qual era anterior ao Monarca, que a deveria respeitar, uma vez que ele só ocupava o trono porque as constituições do seu reino assim determinavam.

[147] Não seria exagero afirmar que a justiça real – a oficial, objeto do nosso estudo – não monopolizava a jurisdição no Antigo Regime. A justiça eclesiástica, em especial a partir do reaparecimento do Tribunal do Santo Ofício, possuía força para impedir que, dentro da sua esfera, interferisse a justiça real. Seus principais objetos

Assim, parece claro que a questão principal não seria a ilimitação dos poderes reais. O que irritou aqueles que se dedicaram a pensar sobre política durante as chamadas "Luzes" foi a concentração de poderes, ou, mais precisamente, a confusão entre todos os poderes mais tarde considerados como essenciais do Estado, reunidos sob o poder e a autoridade real.

Está-se diante de um período em que a concentração das atividades estatais se fazia na figura do Rei. Ele, ao mesmo tempo em que exercia as atividades de governo, também legislava e tomava parte na aplicação das leis, possuindo funções próprias daquilo que só em meados do século XVIII foi denominado por Montesquieu *poderes do Estado*.

O autor francês só publicou o seu tratado *De l'Esprit des Lois* em 1748, e a idéia nele defendida da tripartição de poderes só ganhou força a ponto de se tornar elemento fundamental dos Estados no final do referido século. Até então, o que se tinha era verdadeira confusão entre esses poderes, geralmente ocupados pela mesma pessoa – o monarca.

É óbvio que ele não agia sozinho. No caso de Portugal, os reis foram assessorados por figuras de capacidade memorável e de grande conhecimento jurídico, como João das Regras e os autores dos projetos das Ordenações Afonsinas[148], Manuelinas[149] e Filipinas[150], além de Duarte Nunes do Leão. Mas, ainda assim, não há como comparar esse método de elaboração legislativa com aquele que se instalou na Inglaterra já no século XVII e invadiu a Europa Continental até chegar a Portugal no princípio da terceira década do século XIX, o da elaboração legislativa por uma casa especializada, composta por segmentos do povo, ainda que o conceito de povo diferisse daquele que temos atualmente.

É certo que essa espécie de deliberação não nasceu nem na Inglaterra nem no século XVII; desde tempos imemoriais, há deliberações tomadas por conselhos coletivos, e os povos considerados "primitivos" não fogem a essa regra; a antigüidade clássica, igualmente, preservou essa tradição. Em Portugal, da mesma forma, as Cortes não começaram as suas atividades com a Revolução do Porto em 1820; desde o século XII, quando da independência

---

eram as pessoas dos eclesiásticos quando parte de lide judicial ou mesmo matéria cuja natureza era eclesiástica, a exemplo das relativas à fé, à organização interna da Igreja, às relações com o poder secular e ao casamento. Cf. WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial**: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 42. Em Portugal e em suas colônias, a exemplo do Brasil, os arcebispados tinham "estrutura semelhante à da justiça leiga, com um tribunal da Relação ocupado por desembargadores eclesiásticos, advogados, procuradores, meirinhos, vigários e solicitadores, além de uma processualística específica, definida nas próprias Constituições [Primeiras do Arcebispado da Bahia] e nos regimentos dos auditórios eclesiásticos" WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. Op. cit., p. 43. Apesar disso, as Ordenações Filipinas trataram das situações em que os eclesiásticos estariam submetidos à justiça temporal, ao longo de todo o seu Livro II.

[148] Organizadas por Rui Fernandes e revisadas por Lopo Vasques, Luís Martins e Fernão Rodrigues, a mando do Rei Afonso V.

[149] Organizadas por Ruy Botto, Ruy da Grã e João Cotrim, a mando do Rei D. Manuel I.

[150] Organizadas por Pedro Barbosa, Jorge de Cabedo, Afonso Vaz Tenreiro, Paulo Afonso e Damião de Aguiar, nomeados pelo Rei Filipe I.

do Reino de Portugal, já havia instituições dessa natureza, sendo do século posterior a primeira notícia a que tivemos acesso de cortes reunidas, em 1211, no reinado Afonso II.

Portanto, os portugueses já conheciam a instituição do Parlamento, o qual, repitamos, era diferente daquele que se reuniu em 1821[151], mas já foi suficiente para gerar um mal-estar, no começo do século XIX, pela sua pouca ou praticamente nenhuma utilidade. Ainda que houvesse espaço para os costumes como fonte do Direito, a publicação de leis, especialmente das ordenações já comentadas, juntamente com a facilidade oriunda da criação da imprensa por Gutenberg, fizeram com que, progressivamente, a lei escrita se tornasse a principal fonte do Direito, o que teve como principal conseqüência a ascensão do Rei como o principal legislador[152].

No que diz respeito às relações entre o Rei e a função jurisdicional, devemos ressaltar que, segundo Wehling, a concentração da justiça na figura real foi de importância extrema para a centralização política, chegando a afirmar, inclusive que "a justiça era, desde pelo menos o século XIII, o mais importante atributo da realeza"[153]. O autor, ressaltando o desconhecimento da divisão de poderes na época, caracteriza o Estado como "um amálgama de funções em torno do rei"[154]. Percebe-se, assim, que, para o jus-historiador carioca, o Estado estava a serviço do Rei; não podemos afirmar que concordamos de todo com tal pensamento, uma vez que, conforme dissemos em momento anterior, o Monarca estava submetido a algumas limitações, o que poderia descaracterizar essa situação.

De qualquer modo, o Rei era o chefe da chamada *justiça real*, a justiça oficial e ordinária, que compreendia, em regra, a jurisdição cível e criminal. Não é que o Soberano participasse ativamente de julgamentos ou compusesse tribunais ou outros colegiados. A questão é que o cargo de Rei era parte da estrutura jurisdicional, em decorrência do fato de que, não havendo divisão entre poderes e sendo a função jurisdicional tipicamente estatal, o

---

[151] Essas Cortes reunidas em 1211 devem ser bastante semelhantes àquelas que promulgaram, na Inglaterra, a Carta Magna, em 1215, compostas basicamente por nobres. Já as de 1821 foram mais heterogêneas, permitindo, inclusive a participação de deputados oriundos das colônias. Entre os brasileiros, por exemplo, participaram figuras de origem aristocrática, mas longe de serem nobres, como os três irmãos Andrada e Silva, José Bonifácio, Antônio Carlos e Martim Francisco, e o jornalista Cipriano Barata. Outro egresso dessas cortes foi Pedro de Araújo e Lima, que entrou para a nobreza brasileira posteriormente, recebendo o título de Marques de Olinda, mas isso não interfere na heterogeneidade da Assembléia de 1821, em virtude das diferenças entre as nobrezas portuguesa e brasileira: enquanto a primeira era regida pela hereditariedade, a segunda tinha como regra primaz a pessoalidade do título.

[152] Não podemos nos esquecer que, mesmo no que concerne aos costumes, a força da vontade do Rei predominava, especialmente em decorrência da chamada Lei Mental, da época de D. João I. Através desse instrumento, criado pelo hábil João das Regras, ficava qualquer decisão fundamentada na vontade e na intenção do Rei, ainda que essa vontade não fosse escrita em lugar algum. É verdade que, inicialmente, sua aplicação era restrita às questões sucessórias. Cf. CÂMARA, Op. cit., p. 74, mas, durante grande espaço de tempo, teve seu âmbito de incidência bastante ampliado, fundamentando boa parte das decisões reais.

[153] WEHLING, Op. cit., p. 28.

[154] WEHLING, Op. cit., p. 29.

Rei, enquanto líder do Estado, não poderia deixar de comandar e de fazer parte daquilo que hoje compreendemos como sendo o Judiciário. E a subordinação deste ao Monarca se manifesta, por exemplo, na nomeação dos membros dos tribunais que serão objeto de comento em momento próximo. Ser Desembargador do Paço ou membro de Tribunal da Relação significava que o Rei acreditava na capacidade daquele escolheu para ocupar tal cargo, e, em retribuição, o juiz devia honrar o Soberano e defendê-lo, seja enquanto pessoa, seja, principalmente, enquanto verdadeira encarnação do Estado. Essa idéia de encarnação do Estado, acreditamos, não era fundamentada em uma crença de que a pessoa do Rei era o próprio Estado, como costumava afirmar Luís XIV, da França, mas que o *cargo de Rei* era o máximo no País, representando, assim, toda a unidade nacional. Em virtude disso, não há como excluir a Monarca do Poder Judiciário.

Para finalizarmos esta parte do trabalho, é preciso que deixemos claro que a inexistência da separação de poderes também se manifestava nos órgãos jurisdicionais infra-reais. Desde os níveis mais elementares da organização política, a confusão entre poderes imperava, como podemos observar no nível Municipal, onde as Câmaras Municipais acumulavam funções não somente legislativas, já que editavam atos de interesse meramente local, mas também executivas e, principalmente, judiciária. Isso porque os juízes ordinários, integrantes da estrutura jurisdicional, eram por elas eleitos, participando também da vereação[155].

Em uma esfera mais alta dos poderes, no caso do Tribunal da Relação da Bahia, temos o fato de que o Governador-Geral do Brasil, aquele a quem incumbia, como se percebe do próprio título do seu cargo, o governo genérico da Colônia, exercia a chefia do Tribunal. Na sua composição, cabia ao Governador-Geral a administração superior do Tribunal, deliberando sobre matérias cruciais como a remuneração dos desembargadores, apesar de não se envolver nas decisões judiciais[156]. A sua participação era muito mais ligada à fiscalização e

[155] "E porque os Juizes ordinarios com os homens bons tem o Regimento da cidade, ou Villa, elles ambos, quando poderem , ou ao menos hum, irão sempre á vereação da Camera, quando se fizer para com os outors ordenarem o que entenderem, que he bem commum, direito e justiça". *Ordenações Filipinas*, Livro I, Título LXVI, 2

[156] Cf. WEHLING, Op. cit., p. 182.

ao controle da atividade administrativa do que propriamente da atividade jurisdicional[157], mas não acreditamos que o desempenho desta esteja plenamente desligado daquela.

3. Os Órgãos Jurisdicionais em Espécie

Traçadas as características gerais do período conhecido como Antigo Regime, passaremos à análise dos órgãos jurisdicionais em espécie, estudando diretamente os órgãos que compunham o sistema jurisdicional lusitano até o começo do século XIX.

Antes de iniciarmos, no entanto, é preciso que se estabeleça pequena digressão histórica. Por questões sucessórias, em 1580 as coroas de Portugal e da Espanha foram unificadas, cabendo ao soberano desta também o governo daquele. Desta forma, três reis membros dos Habsburgo, cujos nomes eram o mesmo, Felipe, governaram Portugal à distância, através de uma junta governativa.

A partir desta data, algumas mudanças significativas aconteceram na estrutura judiciária de Portugal. Apesar de não ter sido alterada em alguns pontos, alguns órgãos passaram a ser acrescentados com o início da dominação espanhola, e continuaram a ser mesmo o seu fim, em 1640.

Stuart Schwarz[158] sistematizou graficamente a justiça real portuguesa no ano de 1580, e é com base nesse esquema que começaremos as discussões. Àquela época, o império português poderia ser fracionado em cinco grandes regiões: a metrópole portuguesa, que compreendia o território de Portugal na Europa; as ilhas atlânticas, Madeira e Açores; o Brasil; a Índia; e os territórios africanos, que abrangiam São Tomé, Cabo Verde, Angola e o Norte da África. Em cada um desses territórios, havia, ainda que bastante rudimentar, uma estrutura judiciária.

---

[157] Sobre o assunto, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima esclareceu sobre as inspeções que deveriam ser ordenadas pelo Governador-Geral, através da nomeação de um dos Desembargadores para conduzi-la "Der Gouverneur musste die Inspektion die gerichtliche Untersuchung anordnen. Für diese war dann ein vom Gouverneur nominierter Oberrichter kompetent. Dieser Oberrichter musste einen Bericht erstellen, in dem er die momentan verhandelten Verbrechen auflistete. Wenn nötig, musste der Oberrichter in die Kapitanien reisen, um einen ausführlichen Bericht zu schreiben. Weiterhin durfte der Gouverneur eine *devassa*, eine Ermittlung, in der Stadt Salvador befehlen. Bei einer solchen Ermittlung musste dem König mitgeteilt werden, wie die anderen Justizdiener ihre Aufgaben erfüllen, einschließlich der Inquisitoren". LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Staat und Justiz in Brasilien:** Zur historischen Entwicklung der Justizfunktion in Brasilien: Kolonialgerichtsbarkeit in Bahia, Richterschaft im Keiserreich und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999, p. 13.

[158] Cf., SCHWARZ, Stuart. **Sovereignty and Society in Colonial Brazil:** The High Court of Bahia and its Judges, 1609-1751. Berkeley: University of California Press, 1973, p. 33.

Boa parte desses territórios (Madeira, Açores, Brasil, São Tomé e Cabo Verde) fora dividido em capitanias, a fim de facilitar a sua administração. No âmbito judiciário, cada capitania possuía um *ouvidor*, cuja função era basicamente jurisdicional, aplicando as leis reais nessas terras em que o Estado entrou por vias transversas, já que, conforme o antigo sistema que se instalou, o Rei nomeava um Capitão-General para que ele governasse cada um dos territórios, e governar, nesse sentido, compreendia não só o que contemporaneamente entendemos por atos executivos, mas da sua essência faziam parte atividades como estabelecer um sistema tributário, organizar a defesa da região[159], fundar vilas, aplicar as leis[160] e delegar poderes e terras a quem se interessasse. Eram poderes amplos, que faziam dos capitães – no Brasil, comumente lembrados como donatários – quase soberanos dentro dos seus territórios.

No caso brasileiro, o sistema que obteve êxito nas pequenas ilhas em que foi implantado estava fadado ao fracasso, dentre outras razões, em virtude de duas principais: a grandiosidade dos territórios doados e escassez de recursos, tanto por parte dos donatários quanto da Coroa, que não apresentou ajuda aos escolhidos para comandar essas unidades. Em meio a isso, e a tais condições se aliavam as constantes visitas estrangeiras que ameaçavam a integridade da colônia, o rei D. João III resolve estabelecer um sistema centralizado, responsável pela administração do território por inteiro. Nomeou, assim, um Governador-Geral e, junto com ele, um Ouvidor-Geral, aos quais cabia trazer para si a responsabilidade por todo o território colonial, cada um dentro do seu âmbito de atuação. No caso do Ouvidor-Geral, como se percebe, a sua função era jurisdicional, servindo como órgão de segunda instância perante as decisões dos ouvidores das capitanias.

O sucesso dessa centralização aconteceu, na medida do possível. Diante de tamanho território, pareceu ter sido medida razoavelmente bem-sucedida, já que durou até a chegada dos Bragança ao Rio de Janeiro, em 1808. Na estrutura administrativa, aconteceram algumas

---

[159] Até porque, durante muito tempo, o capitão-geral acumulou as funções de capitão de armas, responsabilizando-se pela defesa do território que a ele coube. Com o desenvolvimento e, principalmente, a pacificação da maioria do território brasileiro, o perigo de ameaças externas foi diminuindo, e, aliando-se ao fato de que mais tropas portuguesas passaram a estar presentes na Colônia, o capitão de armas passou a ter atribuições específicas e diferenciadas do capitão-geral. Herança disso é a estrutura das províncias: ao Imperador cabia nomear as duas maiores autoridades de cada uma dessas unidades do Império, o Presidente e Comandante de Armas, este sempre militar alta patente.

[160] Os donatários deveriam nomear o ouvidor da sua capitania, já que, geralmente, o foral e a carta de doação para cada capitão previam essa competência. Entretanto, em virtude também da falta de recursos, não era comum que acumulassem essa função, provocando conseqüências desastrosas, como bem afirma Schwarz: "Generally, the *donatários* or their representatives assumed the powers of *ouvidor* unto themselves in addition to their other roles as captain and governor. Being lesser nobility with only military experience, the majority of the proprietors lacked both the training and the inclination to discharge their judicial duties. The results were apparently disastrous", SCHWARTZ, Op. cit., p.26.

adaptações, como a mudança de denominação de Governador-Geral para Vice-Rei, na segunda metade do século XVIII, quando a capital da Colônia já havia sido definitivamente transferida para o Rio. Na questão judiciária, porém, as mudanças foram maiores, e logo as comentaremos.

A existência de tribunais colegiados era praticamente privilégio da Metrópole. A generalização não está correta em virtude de a principal colônia do período, por ser a mais rica e opulenta, possuir um órgão judiciário recursal de estrutura assemelhada à que havia em Portugal. Na Índia, portanto, havia um tribunal, o Tribunal da Relação de Goa, verdadeira corte de apelação cuja competência se estendia pelos domínios portugueses na região.

Nos domínios africanos, por sua vez, a estrutura era mais parecida com a implantada do Brasil. Nos casos de São Tomé e de Cabo Verde, cujos territórios eram divididos em capitanias, cada uma delas possuía o seu ouvidor, enquanto o território por inteiro de cada uma dessas possessões possuía um *corregedor*, cujas atribuições recursais eram semelhantes às do ouvidor-geral do Brasil. Em Angola não havia estrutura de segunda instância, e no caso do Norte da África a situação era ainda mais precária, já que as atribuições judiciais cabiam aos capitães dos fortes, militares incumbidos da defesa das vulneráveis áreas sob o controle português.

Em Portugal a situação era diferente. Como sede do Império, a organização judiciária, apesar de ter muitas falhas, funcionava com aplicação. Além dos órgãos considerados de primeira instância, como os *juízes ordinários*, presentes em todas as regiões do Império que consistiam em vilas, havia ainda os *juízes de fora*, letrados que tinham passado pelos árduos anos de estudo de leis ou de direito canônico na Universidade de Coimbra e eram nomeados pelo Rei. Assim, cada vila ou cidade portuguesa via conviverem as autoridades dessas duas espécies de magistrados[161].

Enquanto a esses juízes caberia a jurisdição de primeiro grau, a cargo de um tribunal competia julgar as apelações. Era a Casa de Suplicação, sediada em Lisboa, e sobre a qual comentamos anteriormente. Além dessa função de corte de apelação dentro do território metropolitano, funcionava, via de regra, como máximo tribunal jurisdicional para todo o

[161] A grande diferença ontológica entre essas duas espécies é o fato de que o os juízes ordinários estavam mais ligados ao poder local, já que, além de eleitos pelas câmaras municipais, como tivemos a oportunidade de citar anteriormente, eram parte da comunidade em que estavam inseridos, o que fazia deles pessoas de confiança dentro dessas áreas. Procurando promover uma menor ligação dos juízes aos interesses locais, foi criada a figura do juiz de fora, alguém que tivesse mais do que o bom senso característico dos juízes ordinários, já que eles haviam recebido intensa preparação na Universidade, além de possuírem a excelente característica de não pertencerem à sociedade que deveriam julgar.

Império Português[162], podendo os processos iniciados nas colônias a elas chegarem, apesar da dificuldade e da raridade com que isso acontecia.

Além da Casa de Suplicação, havia órgão extremamente peculiar no período, o Tribunal da Mesa da Consciência e Ordens, cuja instituição remonta o ano de 1532. Sua função era a de servir como corte de apelação das decisões que envolvessem os membros das Ordens[163], cuja natureza nobiliárquica e cavalheiresca nos remonta à sua essencial medieval. Composto de seis membros, não funcionava como corte máxima, mas sim como segunda instância, cabendo ainda a uma terceira julgar recursos em grau extraordinário, sendo de responsabilidade do Grão Mestre de cada Ordem.

Por fim, existia outro órgão tido como judiciário, o Desembargo do Paço. Era, provavelmente, dentre os órgãos comentados, o mais próximo do Rei, e suas funções pareciam ser precipuamente de assistência à Casa de Suplicação.

Era essa, aproximadamente, a estrutura judiciária portuguesa quando da unificação das coroas, em 1580. Com a morte do último rei genuinamente português da época, o Cardeal D. Henrique, ascendeu ao trono lusitano o rei da Espanha, Felipe II, e não tardaram a haver mudanças na estrutura estatal. A primeira delas foi a reforma judiciária de 1582, consolidando-se outras alterações com a promulgação das Ordenações Filipinas, em 1603, cujo livro primeiro trazia a organização do Estado Português, funcionando como verdadeiro diploma de direito público.

Apesar da secessão ibérica, em 1640, quando Portugal reconquistou a sua soberania política, a herança de Felipe II perdurou ainda durante muitos anos. Essencialmente, até a independência brasileira, em 1822, a estrutura organizada pelo monarca hispano-lusitano permaneceu, salvo pontuais alterações, geralmente no sentido de acrescentar, e nunca de suprimir, órgãos.

Para que atinjamos os nossos objetivos com este trabalho, traçaremos um perfil do sistema jurisdicional luso-brasileiro entre os anos de 1582 e 1808, em meio aos quais surgiram alterações importantes se compararmos ao que havia antes do início da dominação espanhola.

A primeira alteração, cronologicamente falando, foi a descentralização e a desconcentração judiciária no território metropolitano, com a criação do Tribunal da Relação do Porto, em 1582. Segundo Schwarz, esse novo tribunal serviria como corte de apelação para

---

[162] "A Casa de Suplicação era a suprema corte de justiça do Estado, com jurisdição em todo o reino e seus domínios", CÂMARA, Op. cit., p.78.
[163] Cf. CÂMARA, Op. cit., p. 84.

as províncias de Trás-os-Montes, Entre Douro e Minho e Beira, distantes de Lisboa e, em decorrência disso, se tornava muito difícil para a Casa de Suplicação impor a sua autoridade[164].

Em decorrência do crescimento em importância da colônia brasileira, foi autorizada, na mesma década, a criação de um Tribunal da Relação, a ser sediado na Bahia, mas que na realidade não se efetivou de pronto. Só em 1609 completou-se a instalação do Tribunal, cuja duração foi efêmera, já que, em 1626, com a invasão de Salvador pelos holandeses, ele foi fechado[165]. Contudo, em 1652, quando já pacificado o nordeste brasileiro, foi reaberto o Tribunal da Relação da Bahia.

Com a primeira criação do Tribunal, foi extinta a figura do ouvidor-geral[166], ficando a corte responsável pela segunda instância de julgamentos em toda a Colônia. Na realidade, não era somente uma segunda instância, porque, como veremos à frente, nas primeiras esferas de julgamento a competência era basicamente determinada por alçada, ou seja, cada órgão jurisdicional julgava ações cujos valores variariam em virtude da quantidade[167]. Assim, poderia a Relação funcionar como órgão de terceira e até de quarta instância, a depender da existência ou não dos ouvidores das capitanias, que só deixaram de existir em meados do século XVIII.

Em virtude da grande acumulação de processos na Relação da Bahia, sentiu-se a necessidade de se descentralizar a estrutura jurisdicional na Colônia, afinal de contas tratava-se da maior extensão territorial dentro do Império Lusitano. Decidiu-se, pois, pela criação de outro Tribunal da Relação, sediado no Rio de Janeiro, cidade que já despontava como grande centro do Brasil.

Instalado em 1751, o Tribunal tinha a sua estrutura bastante parecida com a da Relação da Bahia. O comando do Tribunal, a partir de 1763, quando da transferência da capital para o Rio, coube ao Governador-Geral, que, da mesma forma que acontecia em Salvador, tinha atribuições mais administrativas do que propriamente judiciais; neste âmbito, o comando cabia, de fato, ao Chanceler. Além deste, havia outros dez desembargadores: o Juiz da

---

[164] Cf. SCHWARTZ, Op. cit., p. 50.

[165] Sobre o contexto em que se deu o fechamento da Relação da Bahia, cf. SCHWARZ, 1973:217-235.

[166] Cf. WEHLING, Op. cit., p. 78. A título de curiosidade, apresentamos a lista de ouvidores-gerais do Brasil: Pero Borges (1549-1558), Bras Fragoso (1559-1565), Fernão da Silva (1566-1575), Cosme Rangel (1577-1587), Martim Leão (1583-?), Diogo Roiz Cardoso (1586-1588), Gaspar Figueiredo Homem (1591-?), Diogo Dias Cardoso (1597-1598), Bras de Almeida (1599-1604) e Ambrósio de Sequeira (1604-1608). Cf. SCHWARZ, Op. cit., p. 38

[167] Isso, obviamente, quando a matéria é de natureza cível. Em se tratando de matéria criminal, as regras eram diferentes, e variavam em razão de quem havia cometido o crime. A regra, portanto, parecia ser o que hoje chamamos o foro privilegiado, atualmente ligado à função política relevante, e anteriormente relacionado à qualidade do criminoso, ou, ainda mais precisamente, ao seu nascimento e à sua família.

Chancelaria, cinco Juízes dos Agravos e Apelações, o Ouvidor do Crime, o Ouvidor do Cível, o Juiz da Coroa e Fazenda e o Procurador da Coroa e Fazenda.

A partir dessa estrutura, é possível observarmos que havia rígida divisão funcional internamente, desempenhando cada desembargador uma função pré-determinada e bem delimitada. Por outro lado, é interessante a constatação de que, entre os desembargadores, havia um *procurador da Fazenda*, alguém cuja atribuição era defender o Estado, e isso decorria da crença de que a justiça real nada mais é do que um instrumento para se proteger o Estado das ações particulares, o que faz com que seja lógica a existência de um magistrado cuja função é fazer essa defesa no âmbito fiscal. Atualmente, com a visão contemporânea que se tem do Estado, a qual é uma versão aprimorada daquela oriunda do iluminismo, temos que a justiça não pode se limitar a perseguir as ofensas ao Estado, uma vez que este pode, também, ofender ao particular; as tarefas contemporâneas de um procurador da Fazenda são ligadas à advocacia, e não à magistratura.

A Relação do Rio de Janeiro não era somente uma casa recursal, como bem demarca Wehling[168], funcionando, em algumas situações, como instância originária, sendo esta função definida através da combinação dos critérios territoriais, dentro de um raio de algumas léguas ao redor do Rio de Janeiro, com o de alçada, fator predominante na definição de competência originária. Além do mais, não se pode esquecer as atividades políticas que exercia o Tribunal[169].

Acima dos Tribunais da Relação, continuava a se postar a Casa de Suplicação de Lisboa, cuja regulamentação encontrava-se nas Ordenações Filipinas, logo no início do Livro I. A sua estrutura era em muito semelhante a dos Tribunais da Relação, ou melhor, estes àquela se assemelhavam. A condução dos trabalhos cabia ao Regedor da Casa, espécie de presidente, auxiliado pelo Chanceler. Os outros desembargadores enumeravam-se da seguinte forma: dez Desembargadores de Agravos e Apelações, dois Corregedores do Crime, dois Corregedores do Cível, dois Juízes dos feitos da Coroa e Fazenda, quatro Ouvidores das Apelações em Crimes, um Procurador dos feitos da Coroa, um Procurador dos feitos da Fazenda, um Juiz de Chancelaria, um Promotor de Justiçs e quinze Desembargadores Extravagantes[170].

---

[168] Cf. WEHLING, Op. cit., p. 345.

[169] Relevante é o comentário de Wehling a esse respeito: "Os tribunais da Relação da Bahia e do Rio de Janeiro, como as Audiências hispano-americanas, exerceram atividades extrajudiciais relevantes. A eles não se aplica evidentemente a divisão de funções estatais que o constitucionalismo posterior às revoluções norte-americana e francesa implantou. Os tribunais do Antigo Regime, em diferentes Estados abosolutistas, foram instrumentos não apenas de execução da justiça real, como tiveram atribuições políticas e administrativas, pois era muito tênue, quando não inexistente, a linha demarcatória entre estas funções". WEHLING, Op.cit., p. 359.

[170] *Ordenações Filipinas*, Livro I, Título V.

O acesso a esses cargos dependia não somente do fato de o pretendente ser letrado, mas de prévia e extensa experiência, sendo o caminho geralmente o seguinte: após deixar a Universidade de Coimbra, seria o bacharel nomeado juiz de fora em algum local do Império, para, após algum tempo nesse serviço, ascender a algum Tribunal da Relação, e daí à Casa de Suplicação, sendo expressas, nesse sentido, as Ordenações[171]. Sobre as atribuições, foram elas já objeto de comento.

Mas a Casa de Suplicação não era o principal órgão judiciário português, conforme dito anteriormente. Tal posto cabia ao Desembargo do Paço. Cândido Mendes de Almeida sintetiza em que consistia esse órgão:

> O Tribunal ou Mesa do Desembargo do Paço era em Portugal o de maior graduação e autoridade. Ao Rey D. João II devia-se a sua creação, e foi ele quem lhe deuo seu primeiro Regimento. Era o Rey quem o presidia até a epocha de D. Sebastião, quando começou a ter presidente. Era um Tribunal de graça e de justiça, e reunia muitas funções, hoje disseminadas depois de uma extinção por Lei de 22 de Setembro de 1828[172].

Para que este trabalho fique próximo de atingir os seus objetivos, não poderíamos deixar de fazer breves comentários da função jurisdicional nas esferas primeiras da sociedade. No âmbito municipal, havia também uma estrutura judiciária, oriunda já da tradição lusitana e que pouco foi alterada com a dominação espanhola.

Como já tivemos oportunidade de mencionar, os juízes ordinários eram eleitos pelas câmaras municipais[173], sendo a sua competência definida pelo valor da causa, no cível[174], e em razão do infrator, no âmbito criminal, havendo casos em que das suas sentenças não caberia recurso. Mas eles não eram os únicos magistrados eleitos, já que existiam também os *juízes de vintena*, próprios das localidades em que não havia sido estabelecida Câmara Municipal. Sua competência era para julgar causas de valor relativamente baixo e dependente do número de habitantes da aldeia[175].

A comparação dos juízes ordinários com os de fora é inevitável, até porque a sua jurisdição era extremamente parecida, especialmente no âmbito criminal; no cível, como de praxe, sua competência era determinada por alçada[176]. É interessante que se estabeleçam duas

---

[171] *Ordenações Filipinas*, Livro I, Título V, 1.
[172] *Ordenações Filipinas*, Livro I, Título III.
[173] Para conhecer as regras dessas eleições, cf. *Ordenações Filipinas*, Livro 1, Título LXVII.
[174] *Ordenações Filipinas*, Livro I, Título LXV, 7.
[175] "Sua alçada ia até 100 réis nos lugares até 50 habitantes; 200 réis nos de 50 a 100 habitantes; 300 réis nos de 100 a 150; e 400 réis nos de 200 habitantes em diante. (…) O processo era exclusivamente oral e a sentença tinha execução imediata perante o próprio juiz". WEHLING, Op. cit., p. 57.
[176] *Ordenações Filipinas*, Livro I, Título LXV, 6.

diferenças fundamentais entre os magistrados togados e os ordinários, além do aspecto subjetivo: quanto à sentença, os primeiros a elaboravam independentemente, e os segundos o faziam na Câmara, na presença dos vereadores; o outro ponto é mais ligado à ornamentação e dizia respeito ao fato de que ambos deveriam trazer consigo, sob pena de pesada multa de 500 réis, varas, que tinham as cores vermelha para os juízes ordinários e brancas para os de fora. É daí que surgiu a denominação de "vara" para a divisão funcional dos juízos de primeiro grau.

4. Conclusão

Diante do exposto, apresentaremos nossas breves conclusões.

Entre os século XIV e XIX, Portugal instalou, desenvolveu e aprimorou a sua estrutura judiciária, que, apesar de ter sofrido algumas modificações ao longo dos tempos, guardou a essência de suas regras durante a maior parte desse período. Seu legado interno e nas suas colônias, especialmente no Brasil, foi imenso, já que boa parte dessa estrutura permaneceu no País, tendo sofrido algumas adaptações.

É o caso da idéia de criação de tribunais recursais. Os Tribunais da Relação da Bahia e do Rio de Janeiro não foram os únicos, apesar de terem sido os mais longevos. Em 1812, criou-se a Relação do Maranhão, e, em 1820, a de Pernambuco. Com a independência, foram sendo criadas, progressivamente, relações nas províncias, como a Relação do Ceará, em 1874. Esses tribunais foram os embriões dos Tribunais de Justiça estaduais.

A idéia de um tribunal de cúpula também alcançou os nossos dias. Com a transferência da Corte para o Rio de Janeiro, em 1808, a Casa de Suplicação também foi transferida, passando a se denominar Casa de Suplicação do Rio de Janeiro. Com a independência, apesar das diferenças, não há como negar a influência da organização do órgão no estabelecimento do Supremo Tribunal de Justiça, em 1828, transformado em Supremo Tribunal Federal, em 1891.

O estabelecimento de juizados por alçada, da mesma maneira, é herança que não podemos negar. Além dos extintos Tribunais de Alçada, órgãos recursais da Justiça Comum que se instalaram em alguns Estados e que só foram extintos com a Emenda Constitucional nº 45/2004, há os Juizados Especiais em níveis Estadual e Federal, cuja competência é determinada pelo valor da causa. Não deixam de ser, portanto, juizados de alçada.

Por fim, é preciso que se lembre que, para entender a essência da estrutura judicial luso-brasileira no período analisado, necessário se faz ter em mente que esse período é

anterior à divulgação da idéia da tripartição de poderes. Por isso, as três funções essenciais do Estado estão, muitas vezes, umbilicalmente ligadas e chegam a conviver em um mesmo órgão. A reflexão de Wehling sobre os juízes ordinários é válida para toda a estrutura jurídica não só portuguesa, mas de todo o Antigo Regime:

> As funções dos juízes ordinários tinham características não apenas judiciais, mas administrativas. Tal fato assinala, para as Câmaras Municipais, o mesmo fenômeno encontrado na administração superior: o funcionamento de um modelo sociopolítico e administrativo pré-burocrático, "tradicional" na tipologia weberiana, no qual inexistem fronteiras nítidas entre as diferentes funções executivas, legislativas e judiciárias do Estado, que só se explicitariam com o constitucionalismo setecentista[177].

5. Bibliografia

ALMEIDA, Cândido Mendes (Org.). **Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. – Ed. fac-similar da 14ª Ed., segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra, de 1821. Tomo I. Brasília: Senado Federal, 2004.

BONIFÁCIO, José. Representação ao príncipe (2). In: CALDEIRA, Jorge (Org.). **José Bonifácio de Andrada e Silva**. São Paulo: 34, 1999, p. 138-145, Capítulo 9.

CÂMARA, José. **Subsídios para a História do Direito Pátrio**. Tomo I (1500-1769). Rio de Janeiro: Livraria Brasiliana, 1954.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Para uma História Constitucional do Direito Português**. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

DINIZ, Márcio. **Constituição e Hermenêutica Constitucional**. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

FERREIRA, Waldemar. **História do Direito Brasileiro**: As Capitanias Coloniais de Juro e Herdade. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

HESPANHA, António Manuel (Org.). **Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Staat und Justiz in Brasilien:** Zur historischen Entwicklung der Justizfunktion in Brasilien: Kolonialgerichtsbarkeit in Bahia, Richterschaft im Keiserreich und Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1999.

PACHECO, Silva. **Evolução do Processo Civil Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

[177] WEHLING, Op. cit., p. 52-53.

SALDANHA, Nélson. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SCHWARZ, Stuart. **Sovereignty and Society in Colonial Brazil:** The High Court of Bahia and its Judges, 1609-1751. Berkeley: University of California Press, 1973.

WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José. **Direito e Justiça no Brasil Colonial**: o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.