

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

Ano I - Número 6

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Luiz Dilermando de Castello Cruz

Coordenadora Executiva

Ana Amelia Menna Barreto de Castro Ferreira

Conselho Editorial

Luiz Dilermando de Castello Cruz

Claudete Silva de Araújo Barata

Humberto Jansen Machado

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista Digital.

Instituto dos Advogados Brasileiros

Ano I – Número 6

Periodicidade: Trimestral

Acesso: <http://www.iabnacional.org.br>

ISSN 2175-2176

Índice

- 4 Pensamento Costarriquenho da Primeira Metade do Século XX:
Desenvolvimento Social e Possibilidade Futura .
Miguel Calderón Fernández
- 13 Liberdade de Imprensa e Democracia.
Ives Gandra da Silva Martins
- 15 A Origem Constitucional dos Royalties do Petróleo e o Princípio
Federativo
Jorge Rubem Folea de Oliveira
- 22 A Propaganda Eleitoral na Internet
Ana Amelia Menna Barreto
- 24 Resgatando os Advogados nas Reflexões Jurídicas: propostas e críticas
Felipe Dutra Asensi
- 28 Revogação do Jus Postulandi na Justiça do Trabalho
Benedito Calheiros Bomfim
- 30 O Sagrado Direito de Defesa
Kátia Rubinstein Tavares
- 32 A Convenção de Haia Sobre Seqüestro Internacional de Crianças Viola a
Soberania Nacional
Luiz Octávio Rocha Miranda Costa Neves
- 34 Constituição, Contratos e Tratados
Carlos Jorge Sampaio Costa

Doutrina

O Pensamento Costarriquenho da Primeira Metade do Século XX: Desenvolvimento Social e Possibilidade Futura¹.

Miguel Calderón Fernández

Sumário: I) Os pensadores; II) O Estado de direito solidário; III A conscientização da população; IV) Evolução das Idéias em direção a uma Reforma Social; e IV) O século XXI e o estado social de direito

I - Os pensadores

A primeira metade do século XX cultivou uma geração de pensadores costarriquenhos que possibilitou a construção de um estado social de direito, materializado por volta dos anos 40, que tem sido o ponto de discórdia nos últimos anos entre a elite política e grupos da sociedade que pretendem defender este modelo solidário de desenvolvimento.

Ao fazer referência a pensadores dessa parte do século XX, pretendo incluir intelectuais reconhecidos dentro e fora da Costa Rica, como também pensadores que não são cultivados no âmbito acadêmico, mas que se destacaram com propostas de desenvolvimento social, conferindo um papel fundamental à identificação das necessidades da comunidade nacional.

Poderíamos aqui destacar o pensamento e a proposta de Joaquín García Monge que, por meio da edição da revista *Repertório Americano* e de escritos próprios, erigiu um modelo de pensamento promotor de uma visão de mundo que colabora para um modelo de sociedade costarriquenha que se origina do desenvolvimento solidário.

Da mesma forma, na construção desta sociedade também teve importância o educador Omar Dengo Guerrero, que, depois de polemizar a respeito das desigualdades sociais da época, alinhou seu pensamento e colaboração por meio da educação.

Não menos apreciável foi a proposta de um trabalhador, sindicalista e escritor destacado, cujo nome era Carlos Luís Fallas, que lutou pelos direitos dos trabalhadores da agroindústria bananeira por meio de organizações sindicais, incluindo-se na política nacional e, sobretudo, escrevendo uma das obras mais conhecidas dos costarriquenhos, que é a novela *Mamita Yunai*.

Em outras esferas de pensamento e política se destacaram figuras como o Dr. Manuel Mora Valverde, Maria Isabel Carvajal Quesada, conhecida como Carmen Lira e outros.

¹ Tradução de Verlene Tavares.

II - O estado de direito solidário

A colaboração desses e de outros pensadores mais, que poderíamos incluir no desenvolvimento deste trabalho, levou a Costa Rica a fundar um estado de direito solidário na década de 1940. Destaca-se na formação deste estado de direito a promulgação do Código Trabalhista de 1943 e um capítulo de garantias sociais que se incluiu na Constituição política, no qual se assegurava o direito ao salário mínimo, a uma jornada de trabalho ordinária de 8 horas em jornada diurna e de 6 horas em jornada noturna, assim como o pagamento de horas extras quando fosse necessário; estipulou-se o direito de todo trabalhador a ter um dia de descanso depois de seis dias consecutivos de trabalho; férias anuais remuneradas por duas semanas, no mínimo; o direito do trabalhador a sindicalizar-se livremente, à paralisação e à greve; legalizou as convenções coletivas de trabalho com força de lei; estabeleceu o direito à indenização do trabalhador quando despedido sem justa causa; estipulou que o estado promoveria a criação de cooperativas; instituiu a construção de casas populares, estabeleceu a proteção especial relativa ao trabalho das mulheres e dos menores de idade; criou-se a Caixa Costarriquenha de Seguro Social. Do mesmo modo, criou-se a educação superior pública, sendo a Universidade da Costa Rica a instituição que deu início a esse projeto em 1943. Essas políticas sociais continuariam se desdobrando até os anos 70, com a criação de três universidades públicas, que são a Universidade Nacional, o Instituto Tecnológico e a Universidade Estatal à Distância.

Este estado de direito, defendido e discutido na atualidade, mantém a sociedade costarriquenha dividida entre um grupo de elite que controla a política nacional e outro grupo, que aposta em uma democracia participativa, inclusiva e tem consciência de que o fenômeno da globalização está centrado no tema do controle dos mercados.

Em uma comunidade como a costarriquenha, deve-se recuperar a construção do pensamento fundador, gerar propostas para educar a sociedade acerca destes temas determinantes da atualidade, com a finalidade de levá-la a sustentar ou avançar no caminho solidário que tanto favorece a maioria da sociedade.

Cabe destacar que, nesta tentativa de ressaltar figuras intelectuais que precederam a formação jurídica de um estado social de direito costarriquenho, materializado a partir das garantias sociais e do Código do Trabalho nos primeiros anos da década de 1940, não se pretende hierarquizar por ordem de importância o pensamento das distintas figuras expostas, tampouco significa dizer que eles são os únicos costarriquenhos que contribuíram para a formação do pensamento que fomentou o desenvolvimento social solidário. Esta análise pretende resgatar personagens da primeira metade do século XX que contribuíram para a composição das idéias de tão digno projeto e que, segundo o juízo deste autor, estão sendo postos de lado, inclusive nas lutas sociais travadas com a finalidade de impedir a derrocada daquele estado solidário.

Poderíamos prosseguir neste encontro de pensadores costarriquenhos e forjadores de uma cultura social solidária a partir de Joaquín García Monge, que transcendeu o que se poderia denominar de pensamento costarriquenho. Significa dizer que, ao pensar, escrever ou falar de García Monge recuperamos memórias de muitos intelectuais do continente americano, todos eles propensos a discorrer sobre o bem-estar das sociedades, sendo que a inclinação do costarriquenho em difundir estes pensadores nos leva a considerar que seu próprio pensamento se manteve no círculo destes reconhecidos intelectuais.

Cabe destacar que a revista costarriquenha *Repertorio Americano*, dirigida e editada pelo próprio García Monge de 1919 a 1957, publicava textos de José Martí, Gabriela Mistral, Pedro Henríquez Ureña, Alfonso Reyes, Pablo Neruda, Haya de La Torre, Roberto Brenes Mesen, Rômulo Gallegos, José Enrique Rodó, Rubén Darío, José Vasconcelos, Alberto Masferrer, Simon Bolívar, Domingo Faustino Sarmiento, Abraham Lincoln, Emerson e o poeta Whitman, entre muitos outros. Era assim que a intelectualidade costarriquenha daqueles primeiros anos do século XX se encontrava com os mais significativos pensadores, libertadores e revolucionários da América.

Cabe destacar que os escritos e idéias de García Monge refletiam o interesse na construção de uma sociedade igualitária, informada e com alto sentido de pertinência e identidade, seguindo o rumo traçado pelo Arielismo de Rodó. Este processo de identificação, retomado e cultivado por García Monge, engendraria o nascimento de um ser inclinado ao estímulo dos valores e idéias latino-americanas e, em particular, costarriquenhas, que fomentariam um desenvolvimento social solidário, cujo nascimento jurídico ocorreu na década de 1940, consolidando um projeto de identidade própria desenvolvida a partir de uma relação dialógica entre as forças de poder da nação costarriquenha.

O escritor Luís Ferrero Acosta, referindo-se a García Monge e seu grupo de jovens nos inícios do século XX, ilustra seu pensamento indicando-nos que “aspiraram a uma renovação social pelas reivindicações do povo e dos trabalhadores. Algumas destas idéias seriam retomadas pela bandeira vermelha do anarquismo, com o grupo Germinal, Omar Dengo, Carmen Lira e outros, e floresceriam em 1.º de março de 1913, com a celebração, pela primeira vez na Costa Rica, do Dia do Trabalho”. (Ferrero, 1988, p. 25)

III - A conscientização da população

Seguindo com a análise dos intelectuais que propiciaram a transformação social na Costa Rica na primeira metade do século XX, é indispensável mencionar Omar Dengo Guerrero que, com o apoio de Manuel Ugarte fundou o Centro Germinal em 1912 e, junto com Carmen Lira realizou um esforço para desenvolver a consciência da população jovem costarriquenha. Nascido em uma época de muita importância intelectual e revolucionária (1888) para a América Latina e a Costa Rica, coube a Dengo vivenciar em sua infância as visitas de José Martí ao país, pertencer à geração de García Monge e Brenes Mesen e fazer parte da elite dos jovens intelectuais latino-americanos onde o acesso e o companheirismo com figuras como Haya de La Torre ou José Carlos Mariategui eram a norma.

Dengo mostrou um fervor socialista em seus primórdios, formando sua posição em ideais de pão, liberdade e justiça (Maria Eugenia Dengo, 2007). Depois de seu ingresso no Centro Germinal, Dengo considera que seu trabalho deve consistir em revolucionar os espíritos primeiro, os povos depois, iniciando um processo que visava a solução educativa e cultural como a fórmula que, a longo prazo, geraria um desenvolvimento inteligente, livre e solidário. Esta proposta rumo a uma mudança social a partir da educação liberadora parece ter frutificado na evolução da cultura solidária e de luta social que viria a construir um estado social solidário.

Esta mudança de proposta se concretizou em Omar Dengo, quando assumiu a direção da Escola Normal, momento no qual precisou responder a alguns questionamentos sobre a

modificação de suas idéias e luta social, afirmando que: "Sim, minhas idéias mudaram... saí da oficina e vim para a sala de aula, a servir aos humildes... por duas vezes tive em minhas mãos a direção do Liceu da Costa Rica e duas vezes preferi a que agora desempenho, dando como razão que prefiro trabalhar a serviço dos filhos dos operários e camponeses que, de todos os lugares, vêm para a Escola Normal. E dentro desta, nada me satisfaz mais do que saber que a senhorita mais rica e mais distinta e o rapaz mais pobre e de mais modesta origem, em meu espírito são irmãos... cheguei a crer também que libertar o homem da miséria sem redimi-lo da paixão e do vício e da ignorância não seria nenhuma solução para nenhum problema." (Dengo, 2007). A critério de Eduardo Neves, Dengo é um "espiritualista social com rompantes de uma prototeologia da libertação heterodoxa mais hinduísta do que católica." (Deves, 2000)

Tal qual Omar Dengo e García Monge, Roberto Brenes Mesen é outro insigne intelectual da primeira metade do século XX que contribuiu para a formação de um pensamento de viés solidário. Membro desta mesma geração, é considerado por Deves como "o pensador pagão mais importante", considerando que em seu paganismo "se encontra o ecologismo, o espiritualismo, a admiração pelo grego e o oriental e a teosofia" (Deves, 2000). Poder-se-ia considerar Brenes Mesen como o mais abstrato dos pensadores costarriquenhos da época, mas nem por isso menos importante, todos eles formaram as bases de uma Costa Rica que hoje se debate em dois grupos, uns em defesa do estado social de direito e, do outro lado, a elite que lucra com sua venda.

Não poderia deixar de mencionar a influência para a formação de uma consciência social de Carlos Gagini, escritor da primeira metade do século XX que promoveu uma mudança na juventude a partir da educação pragmatizada em suas novelas. Em suas duas obras mais conhecidas, "El Árbol Enfermo" e "Caída Del Águila", destaca a luta entre o nacional e latino-americano frente à dominação norte-americana que ameaça constantemente o território e a cultura dos nossos povos. A consciência que pretende despertar com seus escritos é similar à consciência que propõe Rodó em seu "Ariel". Dentro do mundo costarriquenho isto significa um despertar de consciência das gerações que teriam o encargo de reivindicar em nome da população, mediante uma legislação pertinente e correlacionada com o humanismo.

Na época, ficava claro que todo intelectual que buscava a identidade latino-americana e nacional estava alinhado com o pensamento e a consciência de formação de uma sociedade igualitária e solidária. Tendo em mente que os fatos históricos não são casuais em um determinado momento, poderíamos destacar que a influência de Carlos Gagini na formação de um estado social de direito na Costa Rica é real e que a pressão que se foi exercendo, desde o início do século XX, sobre a classe política, a partir do pensamento de muitos intelectuais, foi como um constante martelar sobre a geração que tomaria as decisões políticas da reforma social.

No que se refere a esta classe política, devo dizer que nela incluo os diferentes grupos que participaram da reforma social, e aí refiro-me ao Partido Comunista, à Igreja Católica e ao partido no poder, a cargo do Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia, presidente da república.

Outra intelectual da primeira metade do século XX, importante ressaltar nesta análise, foi Maria Isabel Carvajal, conhecida como Carmen Lira, que viveu a época mais significativa da Costa Rica no que concerne às lutas sociais. Desde 1912 encontramos sua relação com a promoção de uma Costa Rica socialmente solidária, quando juntamente com Omar Dengo e outros intelectuais fundou o Centro Germinal e a liga cívica.

Naqueles anos já se lutava por uma jornada de trabalho de oito horas, a nacionalização dos serviços de energia elétrica, a educação da mulher e o direito de greve. Também participava daqueles movimentos o laureado poeta José Maria Zeledón, criador da letra do Hino Nacional da Costa Rica e reconhecido por seu interesse no bem-estar das classes mais despossuídas economicamente.

Carmen Lira converteu-se na primeira mulher a se integrar à atividade política na Costa Rica, sendo que, após regressar de uma viagem de estudos na Europa, integrou-se ao partido comunista recém fundado em 1931. É neste ambiente político que reafirma suas convicções contra a injustiça e consolida seu pensamento acerca de uma sociedade mais igualitária e justa.

A inclusão de um capítulo de Garantias Sociais na Constituição política da Costa Rica e a promulgação do Código Trabalhista em 1943 são êxitos creditados a Carmen Lira enquanto integrante do Partido Comunista, sendo este grupo político o mais importante ideólogo da trilogia de poder que fundou a reforma social objeto desta análise.

Alinhado com o partido comunista, com Carmen Lira e as lutas sociais estava um dos costarriquenhos mais lidos do mundo, um que falava apenas um idioma, mas cuja obra "Mamita Yunai" foi traduzida e lida em mais de dez idiomas.

Carlos Luís Fallas viveu a experiência política e social que antecedeu a reforma social. Vivência esta que teve como trabalhador nas plantações de bananas, como político e como escritor. Ainda que se autodenominasse um cidadão de escassa educação, sua formação foi, como diria Freire, libertadora: "em minha vida de militante trabalhador, obrigado muitas vezes a fazer atas, redigir informativos e escrever artigos para a imprensa sindical, melhorei minha ortografia e pouco a pouco fui aprendendo a expressar com mais clareza meu pensamento" (Fallas, Autobiografia).

Foi dirigente sindical em uma das greves mais importantes da Costa Rica na busca pelos direitos trabalhistas, refiro-me à greve bananeira de 1934. De suas experiências políticas sindicais e trabalhistas nasceu uma das obras mais lidas de um costarriquenho, a novela "Mamita Yunai", onde se reclama à viva voz a necessidade de políticas trabalhistas justas (para os trabalhadores), um sistema de saúde digno e uma proteção do patrimônio nacional diante da invasão dos Estados Unidos por intermédio de uma empresa agrícola transnacional.

"Mamita Yunai" é uma denúncia direta e um grito dilacerador suplicando mudança e dignidade para os trabalhadores: *"Los linieros viejos ya no sueñan en nada, ni piensan en nada. Sudan y tragan quinina. Y se emborrachan com el ron grosero que quema la garganta y destruye el organismo! Hay que embrutecerse para olvidar el horror en que se vive y en el que se tiene que morir"*. (Mamita Yunai, pag. 124).

Esta súplica pela dignidade do ser humano constitui uma sugestão concreta para a elaboração do projeto das Garantias Sociais e do Código de Trabalho, especialmente considerando que Fallas era membro do Partido Comunista, principal ator intelectual de tão nobre legislação.

Em sua obra encontramos quantidades de denúncias e propostas: *"nosotros los habíamos visto doblados sobre el suampo, trabajando como bestias, com lãs piernas envueltas em trapos para librarse de las raíces agudas. Llevaban AL trabajo su miserable comida em um tarro: ñame, yuca, ñampi y bananos... si hacia sol, encendían um fogoncito para calentarla; si llovía a cântaros, se La tragaban fria, tapándose com uma hoja de banano para que no se llenara de água el tarro"* (Mamita Yunai).

Na década de 1930, os intelectuais costarriquenhos foram se aproximando mais objetivamente de uma reforma social. Seus escritos, suas lutas e posição diante da proposta de um estado social de direito se tornavam parte de sua atividade intelectual e de uma prática cada vez mais clara.

Estes exemplos os vemos com muita clareza nas figuras de Carmen Lira, Carlos Luís Fallas, Manuel Mora Valverde e Monsenhor Victor Manuel Sanabria, sendo este o chefe máximo da Igreja Católica na Costa Rica, que também se destacava na esfera intelectual.

No caso de Manuel Mora, considera-se que ele foi o mentor intelectual das Garantias Sociais e do Código de Trabalho; foi o principal fundador do Partido Vanguarda Popular, de tendência socialista, e durante a década dos anos 1930 se manteve nos círculos de discussão acerca das melhorias para a classe trabalhadora, principal bastião para a formação de um estado social de direito.

É importante reconhecer que o processo de reforma social se iniciou com a classe trabalhadora, da qual Manuel Mora, Carmen Lira e Carlos Luís Fallas eram os baluartes lutadores e proponentes da mudança. Assim que se levou a cabo a inclusão das Garantias Sociais na Constituição e que se promulgou o Código do Trabalho, prosseguiram com outra série de propostas que consolidariam o estado social solidário.

Continuando com a contribuição de Manuel Mora, indicamos que foi o que mais se envolveu na política, desde os 15 anos integrava reuniões com intelectuais do porte de Carmen Lira, com quem fundou o Partido Comunista em 1931, Joaquim García Monge, Carlos Luís Sáenz, Rômulo Betancur e outros.

Em 1933, Manuel Mora foi deputado na Assembléia Legislativa, onde teve êxito em afirmar importantes vitórias em favor da classe operária. Assim foi a aproximação com um grupo político que tomaria força e seria o principal proponente das melhorias sociais no país.

Em 1934, Manuel Mora Valverde e Carlos Luís Fallas organizaram a greve bananeira mais importante da história da Costa Rica. Este movimento reuniu 15.000 operários da *United Fruit Company* e teve êxito em conseguir que a companhia concedesse melhorias nos salários e nas condições de trabalho dos operários.

Bem se poderia afirmar que este movimento preparou o caminho para o que posteriormente seria uma reforma social com fundamento constitucional. O Dr. Manuel Mora Valverde se destacou por sua identificação com o povo trabalhador costarriquenho e deu origem a um socialismo *"a lo Tico"*, e em seu discurso sempre ressaltava a lealdade à pátria: *"Eu não sou, nunca fui e nunca serei um traidor de minha pátria. Sou costarriquenho por meu sangue, por meu espírito, pelas mais profundas convicções de minha vida"*.

IV - Evolução das idéias em direção a uma reforma social

Foi retomado o pensamento de muitos costarriquenhos que, desde princípios do século XX geraram inquietações sociais, contribuições intelectuais edificadoras de uma sociedade solidária e criadores de uma estrutura que seria aproveitada politicamente para consolidar juridicamente as Garantias Sociais e o Código do Trabalho. Não obstante, este foi apenas o começo da construção de um estado solidário que traria inúmeros benefícios para a sociedade

costarriquenha, consolidando-a com índices de desenvolvimento humano e social acima dos de seus vizinhos e entre os melhores da América Latina.

A consolidação da reforma social se inicia em 1940, quando chega à presidência da República o Dr. Rafael Ángel Calderón Guardia. Neste cenário se abriu uma luz para que o Dr. Manuel Mora Valverde, líder do Partido Vanguarda Popular, negociasse uma aliança entre o governo, a igreja católica, representada pelo Arcebispo de San José, Víctor Manuel Sanabria, e o governo da República.

Esta aliança, que se iniciou com a chegada do Dr. Calderón Guardia ao poder, permitiu a fundação das principais instituições sociais do país, gerando a criação da Caixa Costarriquenha de Seguro Social, a integração à Constituição de um capítulo de Garantias Sociais e a criação do Código do Trabalho.

Estes projetos, que haviam sido construídos intelectualmente por Manuel Mora e seus companheiros do Partido Vanguarda Popular, conhecido como Partido Comunista, usufruíram da simpatia ideológica das altas autoridades da Igreja Católica, neste caso representada por Víctor Manuel Sanabria, e, por circunstâncias políticas, foram acolhidos pelo governo do Dr. Calderón Guardia.

Sanabria, conhecedor das necessidades do povo trabalhador, de consciência social e com uma solidez intelectual e política superior ao de um tradicional hierarca da Igreja Católica, transcendeu por sua atuação nesta aliança. Enrique Dussel aduz que "A história centroamericana permanece marcada pela vida e obra de dois grandes arcebispos. O primeiro deles, Monsenhor Sanabria, Arcebispo de San José, nos anos quarenta, não duvidou em apoiar as lutas sociais da classe trabalhadora costarriquenha, chegando ao extremo de trabalhar em conjunto e abertamente com o partido comunista. Mais recentemente, outro arcebispo irrompeu auspiciosamente, Mosenhor Oscar A. Romero, Arcebispo de San Salvador". (...) Destaca-se na frase de Dussel a admiração e o reconhecimento pela obra de Sanabria.

Na educação superior pública também se assinalou um caminho a ser traçado com a criação da Universidade da Costa Rica, primeira instituição de educação superior, que formaria a base da geração seguinte de costarriquenhos, que teria como encargo a continuidade dos projetos sociais edificados.

Lamentavelmente, também desta geração surgiria a elite política que destruiria grande parte deste estado social solidário sobre o qual estamos teorizando, muito embora não pudéssemos imaginar que tão nobre projeto educativo tivesse como princípio formar cidadãos destruidores do social e obedientes às leis do mercado globalizado.

Enfatizo que a criação da Universidade da Costa Rica traçou o caminho, levando em conta que, a partir de seu desenvolvimento se visualizaram outras necessidades na educação superior e se fundaram outras três universidades públicas na década dos anos setenta, que são a Universidade Nacional, o Instituto Tecnológico da Costa Rica e a Universidade Estatal à Distância.

Neste processo de desenvolvimento social também se fortalece o Instituto de Seguros; o Instituto de Eletricidade, que se consolida como um exemplo de desenvolvimento social solidário na América Latina; o Conselho Nacional da produção, que regulava os processos de produção de sementes básicas, a partir do qual se consolida a seguridade alimentar da nação; e Água e Esgotos, ente encarregado de gerar e controlar o fornecimento de água potável para

os cidadãos. Todos estes serviços à cidadania chegavam de forma subsidiada, a custos sumamente módicos, de forma que todo cidadão os podia adquirir.

Em 1993, a propósito da celebração do 50º aniversário da reforma social, Edgar Cervantes, presidente da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, ressaltou com lucidez as virtudes sociais e jurídicas deste grande projeto: *"A proteção à família, à criança e ao idoso, a consideração do trabalho como um direito e um dever social, o salário mínimo, o direito de greve e de organizar sindicatos, o seguro social e a jurisdição especial do trabalho, constituem isoladamente sinais dessas grandes conquistas, que a geração atual tem o dever de defender e revitalizar, como parte de nosso mais sagrado patrimônio histórico. O Código do Trabalho costarriquenho apresenta, intercaladas, disposições de direito do trabalho individual e coletivo. Entre outros importantes aspectos, contém os princípios básicos de proteção à estabilidade da relação laboral, com os regimes de auxílio desemprego e aviso prévio para os demitidos sem justa causa, a regulamentação dos sindicatos e outras organizações sociais, o direito à greve e à paralisação, o direito de desfrutar férias anuais e do descanso semanal. Todas estas, importantes conquistas que devem ser defendidas"* (Cervantes, 1993). Com esta contribuição de Edgar Cervantes, nota-se com clareza as virtudes da reforma social e, em especial, de sua consolidação jurídica.

IV - O século XXI e o estado social de direito

Com a era da globalização de mercados apresenta-se uma realidade evidente de luta social entre um grupo de costarriquenhos que aposta em apoiar as Garantias Sociais, o Código do Trabalho e as instituições públicas que desenvolvem a solidariedade de serviços comunitários e um grupo neoliberal que vê o desenvolvimento em valores de mercado privado, visão que segue em prejuízo dos índices de desenvolvimento humano e social. A luta é forte e favorece aparentemente ao grupo de neoliberais que detém o controle como elite política e como elite econômica.

Os confrontos têm polarizado o país, especialmente com a luta pelo referendo sobre o Tratado de Livre Comércio com os Estados Unidos assinado em outubro de 2007, no qual os proponentes do tratado realizaram uma fraude midiática para ganhar o referendo.

A cada dia se enfraquecem mais as instituições públicas que dão solidez ao estado costarriquenho e, em seu lugar, crescem instituições privadas que propiciam um desenvolvimento econômico não equitativo em favor de uma elite que legisla em benefício próprio. Esta realidade está produzindo mais pobreza no país e engendra um pequeno grupo que acumula a riqueza dos que se vão empobrecendo.

Não pode haver ideologia ou sistema político aceitável enquanto se produz muita riqueza para poucos e muita pobreza para muitos. Dentro desta realidade surge a proposta de recuperar o que se perdeu e fortalecer o estado social de direito que tanto benefício gerou para a maioria da população. Deve-se gerar pensamento social e recuperar as experiências e propostas de nossos pensadores do século XX.

Bibliografia:

Constituição da Costa Rica, 1948. (2000) São José, Costa Rica Editorial Provenir;

Ministério do Trabalho e Seguridade Social (1993), Cinquenta anos de aniversário da Promulgação das garantias sociais e do Código do Trabalho, 1943-1993, São José, Costa Rica;

Falla, C. (1998.) Manita Yunai, San José, Costa Rica, Editorial Rica;

Ferrero, L. (1998). Pensando em Garcia Monge, São José, Costa Rica, Editorial Costa Rica;

E, Deves (2000),. O pensamento latinoamericano no Século XX. Entre a modernização e a identidade, tomo I, Del Arial de Rodo a La CEPAL (1900-1950), Buenos Aires, Argentina, Editorial Biblos;

Garcia, C. Eugenio (1987). O homem do repertório Americano, São José, Costa Rica, Editorial STVDIVM;

Fallas, Carlos Luis (1998), Manita Yunai, São José, Costa Rica, 2ª edição, Editorial Costa Rica;

Dengo, Maria Eugenia (2007), Omar Dengo, Escritos e discursos, Heredia, Costa Rica, EUNA;

Professor e ex-Decano da Universidade Nacional da Costa Rica, Sede Regional de Brunca.

Liberdade de Imprensa e Democracia.

Ives Gandra da Silva Martins

O autoritarismo está de volta em alguns países da América Latina, com risco de contagiar muitos outros. E um dos principais sintomas deste avanço do retrocesso está nas contínuas investidas dos governos, na tentativa de calar os jornais de oposição.

As sucessivas críticas que se tem feito ao regime bolivariano da Venezuela - em que um histriônico presidente cerceia cada vez mais todas as manifestações dos que lhe são contrários, cortando-lhes os pulmões da manifestação democrática, pelo fechamento de canais de televisão, rádios e intimidações judiciais -, já ganharam dimensão internacional. No modelo constitucional venezuelano (art. 232), o presidente pode tudo, desde convocar referendos e plebiscitos, governar com leis habilitantes, e até dissolver a Assembléia Nacional, o mesmo ocorrendo no modelo equatoriano (arts. 130 e 148), em que o presidente pode dissolver a Assembléia, mas se esta destituir o presidente, dissolve-se, automaticamente. Não diferente é o modelo boliviano, no qual os membros da Suprema Corte devem ser eleitos pelo povo por seis anos, candidatando-se por partidos políticos (art. 182)! Em todos esses países, há restrições à liberdade de imprensa, sob a alegação de que prejudica a vocação "bolivariana" do povo. É de se lembrar que as três Constituições lastrearam-se em modelos idealizados por uma instituição de estudos espanhola, segundo a qual as democracias só devem ter, de rigor, um representante do povo, que deve convocar o próprio povo a manifestar-se, mediante sucessivos referendos ou plebiscitos.

O equivocado modelo espanhol não reconhece que, das vinte únicas democracias estáveis, depois da 2ª. guerra mundial (Lijphart, "Democracies" – Yale University, 1984), apenas uma é presidencialista. As outras dezenove são parlamentaristas. É que nos parlamentos está a totalidade da representação popular (situação e oposição) e, no executivo, apenas a situação. Em outras palavras: o Poder Executivo encarna apenas a maioria dos integrantes de uma nação; já o Legislativo, a totalidade.

Ao reduzir o poder legislativo a sua expressão quase nenhuma, tais modelos constitucionais fazem de qualquer democracia uma estrada larga para as ditaduras, mormente quando têm força para calar a oposição, eliminando seus pulmões, que são os meios de comunicação social.

Apesar do nível cultural do povo argentino, parece que a família Kichner sucumbiu às lições semi-ditatoriais de Chávez, Morales, Corrêa e Ortega (a Nicarágua está tentando aprovar

projetos de lei que reduzem a liberdade de imprensa), com a desastrada invasão do jornal "Clarín" e com a proposta de legislação nitidamente facista ou bolchevista, voltada a silenciar a imprensa.

Nem mesmo o Brasil, cuja Constituição de 88 deveria hospedar um modelo parlamentar de governo, mas que na undécima hora transfigurou-se em presidencial, preservando, entretanto, o equilíbrio entre os Poderes, parece estar imune a tal influência. Já houve, no governo Lula, duas tentativas frustradas de condicionar a imprensa a um Conselho controlador e as manifestações artísticas a outro, o que a sociedade repeliu com vigor. O próprio presidente, não poucas vezes, refere-se de forma pouco apreciativa aos órgãos de comunicação. E, como realçado em editorial da Folha de 12/09/2009 ou no artigo de Judith Brito, nesse jornal, mesmo os membros de instâncias inferiores do Poder Judiciário - cuja Suprema Corte é claramente a favor da liberdade de imprensa - tomam decisões impondo restrições à liberdade de imprensa.

É necessário que a sociedade brasileira, nitidamente democrática, não se deixe contaminar pela antidemocrática política de nossos vizinhos, em que o crescimento do autoritarismo é evidente. Sem imprensa livre, não há democracia, pois o povo não tem como informar-se do que ocorre nos bastidores e porões dos poderes públicos, senão através dos órgãos de comunicação.

Num país que, depois de 1988, conheceu um "impeachment" presidencial, uma super-inflação e escândalos governamentais - como dos anões do congresso, do Orçamento, do mensalão e do Senado Federal -, só foi possível manter a alternância de poder, impedir a ruptura institucional e assegurar o bom funcionamento das instituições, por força do equilíbrio entre os Poderes, do amplo direito de defesa e, principalmente, da liberdade de expressão. Que este maior bem de uma democracia seja preservado no Brasil. O povo brasileiro não pode deixar-se contaminar pelos ventos procelosos que fustigam nossos vizinhos.

Que a nossa democracia prevaleça sobre as semi-ditaduras em que vão se transformando alguns países latino-americanos.

Membro do IAB. Professor Emérito das Universidades Mackenzie / UNIFMU / UNIFIEO / UNIP, do CIEE/O ESTADO DE S.PAULO, das Escolas de Comando e Estado Maior do Exército-ECEME e Superior de Guerra-ESG.

A Origem Constitucional dos Royalties do Petróleo e o Princípio Federativo

Jorge Rubem Folena de Oliveira

Sumário: 1) Natureza jurídica; 2) Panorama legislativo anterior à Constituição de 1988; 3) A Constituição e o Princípio Federativo; 4) Os royalties do Petróleo e da energia elétrica; 5) O pré-sal e a cobiça; 6) Intervenção da União em verba que não é sua; 7) Transparência, utilização e fiscalização; 8) Conclusões e 9) Mensagem final.

I - Natureza jurídica

Os *royalties* têm por objetivo indenizar as entidades integrantes da federação pelas degradações decorrentes da exploração dos recursos minerais e hidroelétricos.

II - Panorama legislativo anterior à constituição de 1988

A Lei 2.004/53, antes da Constituição de 1988, previa a obrigação da Petrobras de indenizar Estados e Municípios em 5% do valor do óleo ou gás extraído (art. 27).

A Lei 7.525/86, ainda em vigor e regulamentada pelo Decreto nº. 93.189/86, estendeu o pagamento dos *royalties* às explorações ocorridas na plataforma continental (artigos 1º e 2º da Lei e do Decreto referidos) e fixou os conceitos de áreas geoeconômicas (artigos 3º e 4º), conforme abaixo:

- a) zona de produção principal: integrada pelos municípios confrontantes e municípios onde estiverem localizadas três ou mais instalações de petróleo ou gás natural ou instalações de apoio à exploração, à produção e ao escoamento do petróleo;
- b) zona de produção secundária: integrada pelos municípios atravessados por oleodutos ou gasodutos; e
- c) zona limítrofe à zona principal de produção: formada pelos municípios contíguos aos da Zona de Produção Principal, bem como os que sofram as conseqüências sociais ou econômicas da produção ou exploração do petróleo ou gás natural.

Além disso, a Lei 7.525/86 atribuiu ao IBGE a importante missão de fixar a linha geodésica ortogonal à costa e os paralelos, para definir Estados e Municípios confrontantes aos campos de petróleo que teriam direito à indenização (art. 9º).

III - A Constituição e o princípio federativo

A Constituição de 1988 inseriu no seu conteúdo o pagamento de *royalties* pela exploração do petróleo, dos recursos hídricos destinados à geração de energia e de outros minerais (art. 20, § 1º).

Os destinatários dos *royalties* são os Estados, os Municípios e órgãos da Administração Direta da União.

Apesar do art. 20 tratar de bens da União (entre eles, o mar territorial, os recursos minerais do subsolo e da plataforma continental), os *royalties* são receitas originárias dos Estados e Municípios, compondo parcela do princípio federativo.

A organização político-administrativa adotada no Brasil, por força dos artigos 1º e 18 da Constituição Federal, é de natureza federativa. A federação é "formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal."

Os preceitos básicos da federação estão assentados: a) na fixação das repartições das competências de cada um de seus membros; b) no poder dos seus entes de legislar livremente acerca dos assuntos de suas competências; c) na participação, por meio dos membros integrantes do Senado Federal, na esfera de decisão legislativa federal; e d) na capacidade de auto-sustentação pelo levantamento de receitas decorrentes de suas competências.

Estes postulados visam à preservação da plena autonomia dos entes federados, o que significa dizer que nenhum deles está em posição política superior a de qualquer outro.

A propósito, a Constituição Federal de 1988 preservou a manutenção do sistema federativo, não podendo a federação ser abolida ou violentada, por nenhuma norma, inclusive emenda constitucional (art. 60, § 4º, I).

IV - Os royalties do petróleo e da energia elétrica

Os *royalties* instituídos no artigo 20, § 1º, da Constituição Federal, foram a forma encontrada pelo legislador constituinte para compensar a perda financeira que os Estados produtores de petróleo, gás e energia hidrelétrica teriam com a desoneração do ICMS nas remessas destas mercadorias para outros Estados da federação, amparada pela imunidade prevista no art. 155, inciso X, "b", da Constituição Federal.

A esse respeito, o Ministro Nelson Jobim assim narrou no julgamento do Mandado de Segurança nº. 24.312-1/DF, no Plenário do STF:

"Em 1988, quando se discutiu a questão do ICMS, o que tínhamos? Houve uma grande discussão na Constituinte sobre se o ICMS tinha que ser na origem ou no destino.

A decisão foi que o ICMS tinha que ser na origem, ou seja, os Estados do Sul continuavam gratuitamente tributando as poupanças consumidas nos Estados do Norte e do Nordeste.

Aí surgiu um problema envolvendo dois grandes assuntos: energia elétrica – recursos hídricos – e petróleo. Ocorreu o seguinte: os Estados onde ficassem sediadas a produção de petróleo e

a produção de energia elétrica acabariam recebendo ICMS incidente sobre o petróleo e a energia elétrica.

O que se fez? Participei disso diretamente, lembro-me que era, na época, o Senador Richard quem defendia os interesses do Estado do Paraná e o Senador Almir Gabriel quem defendia os interesses do Estado do Pará, além do Rio de Janeiro e Sergipe, em relação às plataformas de petróleo.

Então, **qual foi o entendimento político naquela época que deu origem a dois dispositivos na Constituição?** Daí por que preciso ler o § 1º do art. 20, em combinação com o inciso X do art. 155, ambos da Constituição.

O que se fez? Estabeleceu-se que o ICMS não incidiria sobre operações que se destinassem a outros Estados – petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos, gasosos e derivados e energia elétrica -, ou seja, tirou-se da origem a incidência do ICMS.

Vejam bem, toda a produção de petróleo realizada no Estado do Rio de Janeiro, ou toda a produção de energia elétrica, no Paraná e no Pará, eram decorrentes de investimento da União, porque o monopólio era da União. Toda a arrecadação do País contribuiu para aquela produção.

Assim, decidiu-se da seguinte forma: **tira-se o ICMS da origem e se dá aos estados uma compensação financeira pela perda dessa receita. Aí, criou-se o § 1º do art. 20, dizendo:**

'Art. 20.

§ 1º. É assegurado, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União,' - já se falava na possibilidade de criação das agências que poderiam ser financiadas em face da autonomia financeira - 'participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica' - leia-se ITAIPU, que estava na base da discussão no Paraná - 'e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva,' - que eram as plataformas de petróleo de Sergipe - 'ou compensação financeira para essa exploração'.

Então, Ministra Ellen, estou tentando recompor a questão histórica, com isto, estou entendendo que **não é uma receita da União** que liberalmente está dando, por convênio, ao Estado; **é uma receita originária dos Estados, face à compensação financeira da exploração em seu território de um bem, de um produto sobre o qual não incide o ICMS.** Essa a origem do problema." (Sem grifos no original).

Como se vê, os royalties são receitas originárias dos Estados e dos Municípios, de cunho indenizatório, mas que servem para compensar os Estados produtores de petróleo – que perdem suas receitas do ICMS – e colaboram com o desenvolvimento regional das regiões menos favorecidas do País.

Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 198.088-SP, ao interpretar a aplicação da não-incidência do ICMS, prevista no art. 155, II, § 2º, X, "b", da Constituição, manifestou, por meio do voto condutor do acórdão do Ministro Ilmar Galvão, que:

"Salta à vista, com efeito, que objetiva ela (a norma do art. 155, II, § 2º, X, "b") eliminar, como fonte geradora de ICMS, os poços de petróleo e as refinarias instaladas em poucos Estados, na medida em que exclui da incidência do tributo as operações destinadas ao abastecimento das demais unidades federadas, **prevenindo o agravamento das desigualdades regionais**, um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, III, da CF). Prestigiou o constituinte, nesse passo, os Estados consumidores em detrimento dos Estados produtores." (Sem grifos no original)

Vale registrar também as palavras do engenheiro e ex-deputado federal Ricardo Maranhão sobre os argumentos históricos que levaram à aprovação da Lei 7.525/86, com o objetivo de estender o pagamento dos *royalties* à exploração de petróleo em alto mar:

"Na década de 50, quando a lei 2004 foi elaborada, o legislador jamais poderia imaginar que, vinte anos após, os brasileiros se lançariam na exploração do petróleo em alto mar, assumindo, para orgulho de todos nós, a liderança mundial na produção em águas profundas.

Era preciso mudar a lei, ou criar uma nova legislação, para compensar Estados e Municípios pela produção no mar. 'Encontraremos resistência', disse eu a Aluysio porque, tendo os royalties natureza indenizatória, os que se oporão a seu pagamento alegarão que o mar territorial e a plataforma continental são bens da União, não cabendo a ela indenizar ninguém, quando a produção ocorrer em bem de sua propriedade.

*A este argumento responderíamos com o fato incontestável de que embora a produção se verifique no mar todas as atividades de exploração e produção são apoiadas de terra. Este apoio, mobilizando milhares de pessoas, equipamentos e materiais, traz benefícios, **mas também transtornos para os municípios onde estão instaladas as bases de apoio: aumento acelerado de população, elevação do custo de vida, tráfico intenso de veículos pesados no sistema viário, possibilidade de danos ambientais, grande número de forasteiros nas cidades envolvidas, aumento da violência urbana e da marginalidade, para citar apenas alguns.***

(...)

Alguns anos se passaram até que o sonho dos royalties se transformasse em realidade, com a assinatura da Lei Nelson Carneiro (Lei 7.525/86), pelo Presidente Sarney, na Praça São Salvador, em Campos, em dezembro de 1985.² (Sem grifos no original)

Então, a importância dos *royalties* do petróleo deve-se à compensação por possível degradação decorrente da exploração e principalmente, após a Constituição de 1988, **pela perda de receita tributária**, pois apenas os Estados destinatários são beneficiados ao receberem o

² Os "Royalties" do petróleo e o Estado do Rio de Janeiro: Um depoimento histórico.

produto (petróleo e seus derivados) sem pagar o imposto, podendo posteriormente cobrá-lo dos seus contribuintes.

V - O Pré-sal e a cobiça

No momento em que os Estados e Municípios produtores de petróleo poderiam tentar recuperar as perdas do ICMS referentes aos últimos 20 anos, os outros Estados, já beneficiados pelo imposto, propõem a mudança dos critérios de pagamento dos *royalties*, desejando dar-lhe destinação diversa daquela disposta na constituição, sob os seguintes argumentos:

- 1) Presidente Lula: "o petróleo não é do governo do Estado do Rio de Janeiro. Não é da Petrobras, é do povo brasileiro e precisamos discutir o destino deste petróleo" (Tribuna da Imprensa, 13/08/08, p. 08);
- 2) Senador José Sarney: "outra coisa que tem de ser mexida diante da nova situação (do Pré-sal) são os *royalties*, cuja lei foi promulgada durante o meu governo. Se nacional é a riqueza, nacional tem de ser sua distribuição" (JB, 15/08/08, p. A9);
- 3) Senadora Ideli Salvatti: "é o momento oportuno para fazer cumprir um preceito constitucional que nos diz que os recursos naturais do território brasileiro pertencem a todos os brasileiros indiscriminadamente." (PLS 279/08)

Diante das manifestações acima, constata-se que importantes autoridades da República incitam brasileiros uns contra os outros e ampliam o conflito federativo, quando principalmente o Senado Federal tem como um de seus objetivos resguardar o equilíbrio como um dos postulados da federação.

Na verdade, os Estados produtores de petróleo colaboram com o desenvolvimento das demais regiões do País, ao perderem o ICMS do petróleo e seus derivados que são remetidos para outras unidades federativas.

Além disso, a legislação que regulamenta os *royalties* já prevê a constituição de um **Fundo Especial** para repartir parcela desta receita com os demais Estados e Municípios do País (Lei 7.990/89, art. 7º, e Lei 9.478/98, art. 49, II, "e").

Sendo assim, só a desinformação ou a distorção dos fatos podem conduzir importantes autoridades a manifestar que os *royalties* devem ser distribuídos entre todos os brasileiros, quando isto já ocorre, ou, pelo menos, deveria ocorrer, cabendo a todos os Estados e Municípios fiscalizar a distribuição dos recursos que constituem aquele Fundo Especial.

Com efeito, será que a União está repassando os referidos recursos aos Estados e Municípios ou está utilizando o Fundo Especial no superávit primário para pagamento dos juros da dívida pública?

Depois do Pré-sal, têm sido apresentadas diversas Propostas de Emenda Constitucional (PEC) e projetos de lei, que sugerem desde a mudança do atual critério geográfico, até a destinação de receitas dos *royalties* para educação, saúde, previdência, infra-estrutura etc.

Se estas destinações forem relacionadas à parcela dos *royalties* que cabe à Administração Direta da União, não há problema. O que não se pode aceitar, sob pena de violação do princípio federativo, é que o Congresso Nacional ou o Executivo Federal venham dizer o que Estados e Municípios devem fazer com suas receitas originárias.

Portanto, no Congresso Nacional estão tentando retirar ou reduzir receita própria dos Estados e Municípios, quando estes são os únicos competentes para dar destinação àquela verba, como decidiu o Plenário do Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº. 24.312.

VI - Intervenção da União em verba que não é sua

A Lei 8.001/90 estabelece que o pagamento das compensações financeiras será efetuado diretamente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (art. 8º).

A Lei do Petróleo (Lei 9.478/97), ao constituir as participações governamentais de titularidade da ANP, não incluiu os *royalties* entre elas (art. 15, II).

O mais grave é que os Estados não recebem os *royalties* diretamente dos concessionários, mas do Tesouro Nacional, sendo a União intermediária de uma verba que não é sua, respaldada apenas no art. 20 do Decreto 2.705/98.

Com efeito, não se pode aceitar a intromissão da União, seja pelo Executivo ou pelo Legislativo, a exemplo do que foi proposto no Projeto de Lei 4.767/2005, que sugeria a criação de um fundo de garantia de reserva dos *royalties* e previa a retenção de parte da verba dos Estados e Municípios, que poderiam ficar até mesmo sob a administração de bancos particulares, por 20 anos.

Outro exemplo de interferência indevida da União foi a Medida Provisória 2.098-25/2001, convertida na Lei 10.195/2001 (art. 8.º), que derrubou a proibição dos Estados utilizarem os *royalties* para refinanciamento das suas dívidas com a União e suas entidades.

A União pôde, então, utilizar os *royalties* para a quitação da dívida fiscal dos Estados, mas, a exemplo do que faz o FMI com os países pobres, impôs a eles, em contrapartida, reformas administrativas e até mesmo a privatização de suas empresas públicas (art. 2º da lei 9.499/97).

VII - Transparência, utilização e fiscalização

É verdade que os *royalties* têm sido mal utilizados por alguns gestores públicos. Nestes casos, havendo malversação de recurso público, os administradores têm que ser severamente punidos, com a perda dos direitos políticos, prisão e ressarcimento ao erário.

Mas isto não justifica retirar ou reduzir dos Estados e Municípios produtores a parcela dos *royalties* de titularidade deles.

Este tema deve ser tratado (regulamentado e fiscalizado) no âmbito local, por meio dos Parlamentos (Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores), Tribunais de Contas, Ministério Público, Poder Judiciário e sociedade civil.

VIII - Conclusões

Não se discute a necessidade de distribuição da riqueza nacional, principalmente entre os brasileiros das regiões mais pobres.

Porém, o debate estabelecido depois do anúncio do Pré-sal pretende subverter o justo motivo que levou à inclusão dos *royalties* do petróleo na Constituição de 1988.

Portanto, a tentativa de retirar ou restringir as receitas dos *royalties*, mesmo que por meio de proposta de emenda constitucional, constituirá flagrante agressão à própria federação brasileira, o que é proibido, por se tratar de "cláusula pétrea" (artigo 60, § 4º, I, da constituição).

IX - Mensagem Final

O Poder Público não pode ser um mero instrumento dos interesses privados, devendo atuar em benefício do povo, na esperança de formar um Brasil para os brasileiros.

Advogado, Presidente da Comissão Permanente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Membro da Sociedade Brasileira de Geografia e sócio de Folena, Jordão e Barbosa Advogados & Consultores.

Doutrina

A Propaganda Eleitoral na Internet

Ana Amelia Menna Barreto

A Constituição Federal e a Lei 5.250/67, que regulam a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, não equiparam os meios eletrônicos de comunicação aos meios de comunicação social.

Ressaltando o caráter livre da internet no julgamento sobre a Lei de Imprensa, o Supremo Tribunal Federal admitiu que: “silente a Constituição quanto ao regime jurídico da internet, não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de idéias, debate, notícia e tudo o mais que se contenha no conceito essencial da plenitude de informação jornalística no nosso país”.

Como o uso das tecnologias da informação aplicadas à mídia eleitoral antecipou-se a norma jurídica, um importante vácuo legislativo se instalou, causando indesejável insegurança jurídica quanto ao risco legal da comunidade política ser responsabilizada e penalizada pela legislação eleitoral.

Diante desse quadro de incertezas a Consulta Eleitoral 1.477/2007, apresentada pelo Deputado Federal José Fernando Aparecido de Oliveira, provocou a manifestação do TSE sobre a legalidade de diversas práticas de publicidade online.

A Corte Eleitoral, porém, decidiu não firmar posicionamento sobre os inúmeros questionamentos apresentados na Consulta, que não foi sequer conhecida. Como consequência, operou-se uma delegação tácita aos Tribunais Regionais, aos quais coube a responsabilidade da análise, a partir do julgamento de casos concretos.

Essa zona cinzenta de legalidade viveu seu ápice no período eleitoral de 2008, quando se conviveu com regulamentações regionais díspares e decisões judiciais anacrônicas e antagônicas.

Inconformado com o ativismo judicial da Justiça Eleitoral, o Congresso Nacional aprovou uma reforma onde os meios eletrônicos de comunicação permaneceram incompreendidos e discriminados.

Inexplicavelmente, os parlamentares - mais rígidos do que o próprio TSE - perderam oportunidade histórica de sepultar as tentativas de restringir o uso da internet. Foi mantida a permissão de pagamento pela propaganda realizada na imprensa escrita, bem como o pagamento indireto, via compensação fiscal, pela cessão de horário das emissoras de rádio e TV. Mas, a mídia digital recebeu tratamento discriminatório, proibindo-se todo e qualquer tipo de propaganda eleitoral paga na internet.

Cabe registrar a impropriedade da comparação da rede mundial de computadores com empresas de radiodifusão, visto que estas dependem de concessão pública para operar.

Os partidos políticos, coligações e candidatos estão autorizados a manter páginas eletrônicas, blogs, redes sociais, bem como enviar mensagens instantâneas, desde que seja comunicada a Justiça Eleitoral os respectivos endereços eletrônicos.

E apesar de jamais ter sido proibida a arrecadação de recursos por meio eletrônico, positivou-se o recebimento de doações por meio de cartão de crédito.

As próximas eleições de 2010 virão demonstrar a efetividade das medidas adotadas, especialmente em relação ao uso do e-mail marketing, do compartilhamento indevido de base de dados e do serviço de mensagens curtas. Nesse último caso, a permissão de uso colide com Resolução da Anatel que garante ao usuário de telefonia celular o direito de não receber mensagens de cunho publicitário da prestadora sem o seu prévio consentimento.

E a Justiça Eleitoral - que já se manifestou sobre dificuldades relativas ao direito de resposta e a verificação da autenticidade da autoria - será testada em seu poder de reação aos incidentes que fatalmente ocorrerão.

Esse pequeno histórico revela que a compreensão jurídica do funcionamento e do papel dos meios eletrônicos - como plataforma de aproximação, relacionamento, fidelização de eleitores e de divulgação de partidos e candidatos - ainda deve e merece ser aprimorada, para o bem da democracia digital.

***Advogada. Presidente da Comissão de Direito e Tecnologia do IAB.**

Resgatando os Advogados nas Reflexões Jurídicas: propostas e críticas

Felipe Dutra Asensi

O Brasil foi construído por juristas, sobretudo os advogados. O próprio Instituto dos Advogados Brasileiros contribuiu decisivamente para a formatação jurídico-institucional brasileira ao longo destes séculos, o que revela que o exercício da advocacia sempre recebeu destaque na seara das diversas profissões. Porém, de *grandes protagonistas* da cena nacional, os advogados foram transformados em *atores de bastidores*.

No cenário contemporâneo brasileiro, os olhares da academia a respeito dos pressupostos e características da prática advocatícia são praticamente inexistentes se comparados às reflexões e pesquisas sobre o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Os advogados foram reduzidos teórica e metodologicamente a atores que mobilizam argumentos jurídicos presumidamente conhecidos pelos demais atores, sendo necessário para reforçar tais argumentos, inclusive, que estejam neles contidos o entendimento destes demais atores, e não os do próprio advogado.

Um dos principais indícios desta redução teórico-metodológica do advogado no âmbito da academia tem sido a verdadeira “tara” dos diversos autores contemporâneos a respeito do fenômeno da “judicialização da política e das relações sociais”. Historicamente, o Judiciário foi tradicionalmente associado a um poder inerte, que se conteria a apenas reproduzir o conteúdo previsto na lei. Emblemática, aqui, é a idéia de Montesquieu de que o Judiciário seria apenas a “boca da lei”, ou seja, sua função seria a de mero tradutor do texto jurídico, afastando qualquer tipo de subjetividade ou papel pró-ativo na realização do direito. Atualmente, esta situação se transformou, alçando o Judiciário uma centralidade considerável.

A relevância institucional do Judiciário no Brasil não se reduz ao âmbito da política. Num contexto *welfareano* em que há uma pluralidade de normas de eficácia plena e programática que visam, em algum grau, impor um dever de agir ao Executivo, o Judiciário tem sido cada vez mais acionado para resolver conflitos, efetivar direitos e implementar políticas públicas. O resultado desse processo se expressa na ampliação da criatividade do magistrado e dos poderes institucionais que lhes foram atribuídos no momento da interpretação e aplicação da lei.

Nesta linha, denomina-se como *judicialização* o termo que define o movimento de discussão, no campo do direito e com protagonismo do Judiciário, dos conflitos político-sociais. Tal perspectiva exprime que não somente os atores privilegiados se utilizam a via judicial para resolver *conflitos políticos*, tais como partidos políticos, chefes do Executivo, etc. Judicializar relações sociais envolve um processo muito mais amplo, que alça o Judiciário a referencial de resolução de *conflitos sociais*.

É possível atribuir a essa relevância institucional alguns elementos, dentre os quais se destacam: a) a ampliação da possibilidade de controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário por meio da via concentrada (ex.: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação de descumprimento de preceito fundamental, etc.) e pela via difusa (por meio incidentes processuais a serem julgados por de juízes monocráticos e tribunais); b) a intensificação dos mecanismos e estratégias de ampliação do acesso à justiça (ex.: Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Justiça Itinerante, Defensoria Pública, etc.); c) o incremento do poder político que as associações de magistrados passaram a exercer no contexto brasileiro de efetivação de direitos, principalmente por meio de manifestos e estratégias de pressão (ex.: Associação dos Juízes Federais do Brasil, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, Associação dos Magistrados Brasileiros, etc.). Tais fatores permitem reconhecer um reforço do papel institucional do Judiciário em tornar os direitos expressos formalmente em efetivamente exercidos pelos seus titulares.

Com isso, a perspectiva que enfatiza o movimento de judicialização, seja da política, seja das relações sociais, evidencia que o Judiciário passa a ocupar centralidade no processo de resolução de conflitos políticos e sociais. Como desdobramento, o papel de outras instituições, inclusive a Advocacia, se apresenta como um mero agente proponente de ações judiciais a um magistrado, que possui a competência jurisdicional para resolver o litígio. Portanto, de grande orquestrador da nação, o advogado tem recebido pouco destaque na vida política, jurídica, social e econômica do país. Em suas petições, por exemplo, deve freqüentemente ressaltar o entendimento de tribunais, e não os dele próprio, o que restringe a construção de novas teses jurídicas.

Porém, existem outras formas de atuação do advogado que não remetam necessariamente a um processo judicial, mas que ainda assim realizam uma discussão jurídica sobre a política e as relações sociais. O espaço extrajudicial revela-se como um espaço riquíssimo, em que o advogado possui ampla possibilidade de efetivar direitos e atuar profissionalmente em defesa do cidadão. A via judicial como forma de compreensão da prática advocatícia, além de reducionista, é fortemente assimétrica em relação às diversas instituições jurídicas.

Assim como o direito não se reduz à lei, o ator que efetiva direitos não é somente o juiz. De fato, o que se observa no cenário contemporâneo é uma pluralidade de instituições, atores e intérpretes que também atuam decisiva e legitimamente na construção e garantia de direitos. O Judiciário, portanto, se apresenta somente como mais um desses atores, cuja aparente

proeminência, verdadeiramente, advém de suas competências e atribuições constitucionais, principalmente no que concerne à resolução de conflitos.

Considerando que a estratégia privilegiada de algumas instituições pode ser o diálogo num processo contínuo de concessões recíprocas, podemos observar que as relações sociais sofrem muito mais uma *juridicização* (conflitos que não são levados ao Judiciário, mas que são discutidos sob o ponto de vista jurídico, principalmente em momentos não-processuais) do que uma *judicialização* (conflitos que são levados ao Judiciário na forma de ação judicial ou algum outro instrumento processual). Na medida em que há diversas instituições jurídicas que não se utilizam necessariamente do Judiciário para realizar suas ações, tais como a advocacia, observa-se um contexto em que os conflitos são discutidos sob o prisma do direito, mas evita-se levar o conflito ao Judiciário – isto é, evita-se a *judicialização* do conflito

A *juridicização da política e das relações sociais* propicia a constituição de respostas concretas às necessidades de efetivação dos direitos por intermédio de uma *vontade comum*, que é pactuada com a convergência de diversos saberes e práticas. O âmbito extrajudicial inaugura e confere realce a outros personagens que, em virtude de suas estratégias de ação, são decisivos na efetivação de direitos.

No âmbito da advocacia, a prática extrajudicial é fundamental e, muito além, bastante fecunda. A extrajudicialidade permite o desenvolvimento pleno da criatividade e autonomia, pois o advogado não mais se encontra vinculado à reprodução de entendimentos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, etc; ele pode ir além. Em muitos casos, o âmbito extrajudicial pode servir como canal para a construção conjunta de entendimentos e concepções com estas instituições num contexto de maior simetria.

Este “mundo para além do processo” permite ao advogado a romper barreiras, pensar em inovações criativas, estabelecer novos parâmetros e referenciais de atuação, e estratégias mais adequadas para a efetivação dos direitos e garantias de seus patrocinados. Trata-se da possibilidade de livremente agir sem amarras, exceto as de sua consciência e da ética profissional, em prol da consecução da valorizada paz social. São exemplos evidentes desta frutífera extrajudicialidade as atividades de consultoria que prestam o advogado, a criação de estratégias de mediação, a implementação de canais de comunicação com as demais instituições, etc. O processo judicial não é – e não pode ser – a única forma de efetivação de direitos, sob pena de um reducionismo teórico, metodológico e, principalmente, profissional.

Academicamente, o estudo da *juridicização da política e das relações sociais* no âmbito da advocacia permite resgatar a proeminência que o advogado possuiu durante boa parte da história brasileira. Talvez, assim seja possível compreender uma nova forma de atuação das instituições jurídicas, que considere de forma ampla os limites e possibilidades judiciais e extrajudiciais do seu desenvolvimento. Deve-se resgatar mais pesquisas sobre a Ordem dos Advogados do Brasil, Instituto dos Advogados Brasileiros, perfil dos advogados e escritórios de advocacia, percepção dos advogados a respeito da prática profissional, práticas e estratégias

inovadoras na advocacia, etc. Isto permite superar o pensamento vicioso do advogado enquanto mero proponente de ações judiciais. Inclusive, é possível pensar até a *juridicização* do próprio judiciário, que tem freqüentemente adotado estratégias extrajudiciais na resolução de conflitos, cujo principal indicador são as práticas originais publicadas no Prêmio Inovare. De fato, outros atores também são *guardiões de promessas* e, ainda mais, buscam ser seus principais *cumpridores*. Resgatemos as reflexões sobre a prática advocatícia!

Membro da Comissão de Direito Constitucional do IAB. Advogado formado pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Cientista Social formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre e Doutorando em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Aperfeiçoamento em Derechos Fundamentales y Globalización pela Universidad Complutense de Madrid (UCM). Pesquisador do Laboratório de Pesquisas sobre Práticas de Integralidade em Saúde (LAPPIS/UERJ), da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ) e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ). Professor da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e dos cursos de férias da Universidade Estácio de Sá (UNESA).

Doutrina

Revogação do Jus Postulandi na Justiça do Trabalho

Benedito Calheiros Bomfim

Ao ser instalada em 1941, a Justiça do Trabalho, então sob a efera administrativa, caracterizava-se pela celeridade, praticidade e informalidade. Ocupava-se de questões triviais, tais como anotação de Carteira, indenização por despedida, férias, horas extras. A CLT, editada em 1943, manteve, em parte, a vertente administrativa e a simplicidade processual. Ante a debilidade das organizações sindicais e a ausência de entes públicos capazes de propiciar assistência jurídica aos reclamantes, mostrou-se apropriada, útil e adequada a outorga às partes do direito de se autorepresentarem em Juízo.

Com o decurso do tempo, a Justiça do Trabalho expandiu-se, tornou-se técnica, complexa, formal, solene. O processo trabalhista incorporou um emaranhado de institutos processuais civis. A Consolidação foi acrescida de mais de mil alterações nos Caput, parágrafos, letras, alíneas, incisos. Criou-se paralelamente uma legislação extravagante, mais extensa do que a própria CLT. Diante dessas transformações tornou-se imprescindível a presença do advogado. O jus postulandi mostrou-se prejudicial ao trabalhador, incapaz de se mover nesse intrincado sistema judicial e processual.

O caráter opcional da presença de advogado e honorários tornou-se indefensável quando, ao preceituar ser “o advogado indispensável à administração da Justiça”, a Constituição/88 não excepcionou a Justiça do Trabalho. Lembre-se que o Estatuto da Advocacia e o CPC dispõem ser privativa da advocacia a postulação judicial. Atente-se para a incoerência do TST, ao reconhecer, por Resolução, serem devidos honorários sucumbenciais em lides sobre relação de trabalho, e negá-los quando tenham por objeto relação de emprego.

O argumento de que, condenados em honorários, os empregados não teriam como pagá-los, não mais procede. É que o conceito de gratuidade evoluiu, elasteceu-se, a ela fazendo jus o trabalhador mediante declaração de não ter condições de pagar as custas e honorários sem prejuízo próprio sustento ou de sua família. E é razoável que empregados possuidores de status (executivos, artistas, atletas etc.), arquem com os honorários sucumbenciais.

A instituição da verba honorária produziria efeitos salutares. Primeiramente, porque desestimularia empresários sonegadores de direitos trabalhistas que compelem os empregados a reclamar, na Justiça, na qual, ou estes se submetem a acordo lesivo, ou terão de sujeitar-se à delonga do processo. Por sua vez, os advogados de empregados, diante do risco de onerar seus clientes com honorários de sucumbência, seriam mais cautelosos na propositura

de demandas, muitas vezes aventureiras ou temerárias. Com isso, todos se beneficiariam. A Justiça, com sensível redução de ações, o que a tornaria menos morosa; o trabalhador, porque o empregador, ciente de que no caso de sucumbência seria onerado com o pagamento de honorários, se sentiria desencorajado a sonegar direitos; os empresários, porque seriam chamados a responder a um número menor de processos desarrazoados.

O Ministro Arnaldo Sussekind, um dos elaboradores da CLT, vem de assinar, com o Conselheiro da OAB Nicola Piraino e o autor deste artigo, um anteprojeto propondo a obrigatoriedade do advogado e de honorários na Justiça especializada. Ora, se o próprio criador do jus postulandi, co-responsável por sua inserção na CLT, pugna por sua revogação, será admissível que ainda se queira, com isenção, sustentar sua manutenção? Com o propugnar a revogação do art. 791 da CLT, o Ministro Arnaldo Sussekind, num gesto de probidade intelectual e científica, concluiu pela necessidade de, nesse particular, reformar o Estatuto Trabalhista, para adequá-lo às exigências da realidade atual. Seu gesto equivale a pá de cal que faltava para a erradicação do direito do leigo de se autorepresentar na Justiça do Trabalho. O jus postulandi, de há muito anacrônico, deve desaparecer por já ter cumprido sua destinação histórica.

Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho, foi Presidente da Associação Carioca de Advogados Trabalhistas, do Instituto dos Advogados Brasileiros e Conselheiro Federal da OAB

O Sagrado Direito de Defesa

Kátia Rubinstein Tavares

Temos assistido nos últimos dias o desenrolar do noticiário sobre o escândalo envolvendo o governador de Brasília, acusado de chefiar um esquema de corrupção no Distrito Federal. Recentemente, o Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil representou junto ao Procurador-Geral da República pelo afastamento imediato ou pela prisão preventiva do governador. Tal fato causa certa perplexidade, porque pode estar havendo uma inversão de posições institucionais historicamente consagradas.

É compreensível o sentimento de verdadeira aversão que determinados segmentos da sociedade manifestam por crimes de corrupção cometidos com grande repercussão na mídia, causando grande revolta na população. Em que pese a gravidade dos fatos, cresce nos meios de comunicação o anseio pelo rigor dos diplomas já em vigor, sobretudo quanto à decretação de prisões, sem justificção plausível, apregoando-se a restrição do direito de defesa ampla, o contraditório, o devido processo legal, a presunção de inocência, enfim, como se atingido fosse apenas aquele que está sendo investigado e não a sociedade como um todo.

Entretanto, a opinião pública insuflada pelas notícias de uma parte da mídia não consegue perceber que vivemos sob a égide de uma Constituição cidadã e democrática, instituída num Estado de Direito onde se inscreve o princípio primário de que? Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Deste postulado se extraem algumas conclusões: a condição daquele que responde a um processo penal é a de não culpado e como tal deve ser tratado até decisão final. E que a prisão, antes de prolatada a sentença pelo Julgador, somente pode ser decretada se presentes as hipóteses discriminadas no Código de Processo Penal, devendo ela ser justificada por elementos concretos, reais, da sua absoluta necessidade. A presunção é de inocência, e não de culpabilidade, logo, a regra, é a liberdade.

Por outro lado, os maiores atingidos na conjuntura atual não serão tão somente os que são suspeitos de um crime infamante. O sagrado direito de defesa não vê cara, nem coração, além de classe social ou nível cultural, devendo ser invocado em nome de todos os cidadãos, como forma de concretização a uma das mais importantes prerrogativas humanas historicamente consagradas em nossa civilização: o de indignação à sanha acusatória, buscando-se, ainda, a proporcionalidade e o equilíbrio na individualização da pena aplicada.

Alertava o saudoso mestre Antonio Evaristo de Moraes Filho, em memorável texto sobre esta incompreensão, também vivida nos dias atuais, e na falta de reconhecimento, por muitos, da importância de se resguardar o sagrado direito de defesa, de maneira que, se vencida a cegueira do preconceito, perceberiam eles que a verdadeira atingida é a liberdade humana... inclusive daqueles que discriminam e hostilizam essa prerrogativa, mesmo nos casos que possam parecer repugnantes, se num dia precisarem invocar o mesmo direito de defesa ao serem apanhados pelas teias da fatalidade.

Para os militantes da advocacia criminal, é reconfortante saber que, quando atingidos pela incompreensão dos que se julgam onipotentes, o revés não os esmorecerá o ânimo.

Mantendo-se firme na crença de que, ao se defender o princípio da presunção de inocência e os direitos fundamentais, estão, sem dúvida, defendendo a legalidade, além da própria sociedade. Por fim, merecem reflexão novamente as palavras de Antônio Evaristo de Moraes Filho: Triste, porém, o Estado em que os advogados devam ser heróis para executar o seu labor!".

Membro da Comissão de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros

A Convenção de Haia Sobre Seqüestro Internacional de Crianças Viola a Soberania Nacional

Luiz Octávio Rocha Miranda Costa Neves

Temos acompanhado com crescente aflição o drama – já esperado, diga-se – da família brasileira do menor *Sean*, que vem tendo suas visitas ao menor obstaculizadas pelo pai biológico, que tem, inclusive, proibido a criança de falar em português com sua avó materna.

A Carta Magna de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, como a alcunhou o saudoso presidente da Assembléia Nacional Constituinte Deputado Ulisses Guimarães, trouxe a esfera do Direito Brasileiro preceitos fundamentais por ela garantidos, dentre eles, destaco, o dever de proteção à família, à criança e ao adolescente.

Ademais, nossa Constituição Federal também garante acesso ao contraditório e à ampla defesa, constitucionalmente garantidos mercê do inciso LV, do seu artigo 5º.

Diante de todo esse quadro de idéias e normas, encontramos o Decreto no. 3.413, de 2000, que ratificou em território brasileiro a chamada Convenção de Haia, celebrada em 25 de outubro de 1980, que teria como objetivo primordial a proteção dos interesses das crianças, protegendo-as dos efeitos prejudiciais resultantes da mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer mecanismos que garantam o imediato retorno (sic) das mesmas ao Estado de sua residência habitual.

É de solar evidência de que o objeto da Convenção de Haia está firmemente atado ao **bem-estar do menor**, porém, fato é que seu texto padece de uma grave falta de sistematicidade, em detrimento da melhor técnica jurídica, uma vez que o seu texto agasalha, sem qualquer ressalva e sem qualquer ordem lógica, de um lado, previsões que estabelecem o suposto *dever* de as Autoridades Centrais providenciarem e garantirem o retorno *imediato* do menor ao país requerente, e, de outro, tantos outros artigos que prevêm hipóteses em que tal devolução *não deve ser ordenada*, em razão das peculiaridades do caso concreto.

Certamente é essa falta de sistematicidade, que o pacto internacional tem recebido interpretações perigosamente equivocadas, que acabam por deturpar seu verdadeiro objetivo que, o que é mais grave, **chocam-se frontalmente com preceitos fundamentais da Constituição Federal**.

É inequívoco, não escapando do conhecimento até do mais jejuno estudante de direito, que a Convenção elegeu a devolução do menor como estratégia para garantir o retorno ao *status quo ante*, impedindo-se que o mesmo sofra as *conseqüências negativas* da transferência ou retenção ilícitas perpetradas por outrem. No entanto, é essencial que os aplicadores do tratado tenham em mente que **tal unicamente se dá em função da presunção – que não é absoluta**, eis que a regra de retorno comporta exceções - **de que a devolução da criança assegura e efetiva os seus direitos, sendo-lhe benéfica**.

Em suma: **o retorno da criança não é um fim em si mesmo**; deve ser determinado se e *enquanto* constituir **medida necessária para proteger o menor**. Sempre o menor. Seria, afinal, o mesmo que jogar nossa Constituição Federal na lata do lixo determinar o retorno da criança nas situações em que tal implicasse violação a seus direitos fundamentais.

O devido processo legal e o princípio do contraditório não podem ser “esquecidos” para atender os ditames da letra fria de um tratado internacional, que, a primeira vista, interfere na independência do Poder judiciário retirando jurisdição e competência dos nosso juízes e afronta a soberania nacional.

Erram, data máxima vênia, todos os agentes envolvidos que interpretam de forma perfunctória a Convenção de Haia, considerando que seu único “papel” em casos similares é aplicar a regra de devolver incontinenti o menor ao país requerente, sem dar ao caso concreto a análise e o julgamento previstos pelo próprio tratado em questão, como na forma do seu art. 13.

Como bem dizia o texto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 172 ajuizada, com pedido de liminar, o menor não deveria ser remetido aos Estados Unidos “de forma abrupta, decidida subitamente”, uma vez que ele é brasileiro nato e tem o Brasil como sua residência habitual já há quase cinco anos. Destaca que, conforme previsto pela própria Convenção de Haia, para “o desenvolvimento harmonioso de sua personalidade, a criança deve crescer em meio familiar, em clima de felicidade, de amor e de compreensão”.

Nesse diapasão deve ser lembrado que foi interposta uma ADI, junto ao STF, cujo relator designado é o Ministro Joaquim Barbosa, arquiando a inconstitucionalidade de diversos artigos da Convenção de Haia, tendo inclusive como pedido cautelar a suspensão de todas as ações baseadas no famigerado Tratado Internacional, ou seja, tem S.Exa. a rara oportunidade de impedir que uma flagrante violação tanto da Constituição Federal, quanto da soberania nacional, maculada esta pela pressão indevida de políticos alienígenas, ferindo o direito de brasileiros natos.

Advogado, membro efetivo do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros) e do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família).

Constituição, Contratos e Tratados

Carlos Jorge Sampaio Costa

I - Constituição e Contratos

A. O Contrato Social

O Direito liberal, que se consubstanciou a partir da constituição americana de 1787 e as francesas de 1791 e de 1793, tem como ponto focal mais importante a relação contratual e o *pacta sunt servanda* como princípio fundamental. Não é à toa que a curta, mas efetiva Constituição Federal dos EUA estabelece em seu art. I, Seção 10 que "...nenhum Estado da Federação aprovará lei que enfraqueça o princípio da obrigação contratual. (*No State...shall pass ... Law impairing the Obligation of contracts*).

A relação entre as pessoas evoluiu de uma relação de *status* (patrícios/plebeus; senhores/escravos; nobres/comuns etc.) para uma relação contratual. O próprio fundamento do Estado passou a ser compreendido em termos de um contrato social, conforme concebido por Thomas Hobbes (1508-1679), John Locke (1632-1704) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778).

Thomas Hobbes reconheceu que as pessoas em estado natural, ou seja, vivendo individual e anarquicamente, teriam uma vida brutal e curta. Para resolver este problema, em legítima defesa, os indivíduos delegaram, mediante um contrato social, a uma liderança (o Estado Soberano) o exercício da defesa de seus direitos. O soberano, em consequência, detém o poder absoluto sobre os seus súditos.

O Segundo tratado sobre o Governo de John Locke concebeu um Contrato Social no qual os súditos somente delegam a soberania ao principado, sob determinadas condições. Hobbes justificava o Estado absoluto e não admitia rebeliões. Locke acreditava que, para que o pacto social pudesse continuar vigente, o príncipe tinha de ser neutro e proteger as vidas, a liberdade e a propriedade dos indivíduos. Locke foi o principal filósofo que inspirou o pensamento político anglo saxão. Na realidade, teorizou o constitucionalismo liberal que se concretizou na Inglaterra com a Revolução de 1688. Locke foi o primeiro filósofo a claramente identificar os direitos naturais da pessoa humana vis-à-vis ao Estado. O fundamento da gênese do Estado é a razão e não como em Hobbes, o instinto selvagem. Na sociedade, as pessoas renunciam a fazer justiça por conta própria. Delegam ao Estado o poder de elaborar leis e de impô-las. A novidade em Locke, é que os mesmos direitos dos cidadãos para cuja defesa o Estado nasceu, estabelecem os limites do poder do Estado. Os cidadãos mantêm, portanto, o direito de se rebelar contra o Estado, sempre e quando este atuar contrariamente às finalidades para as quais nasceu, ou seja, proteger e defender os direitos dos cidadãos.³

³ Ver Giovanni Reale e Dario Antiseri, *História da Filosofia*, volume 2. São Paulo. Paulus. 2007, p. 523.

Já Jean Jacques Rousseau construiu outra versão do contrato Social em sua obra prima *Le Contrat Social*, baseado na teoria da soberania popular e da vontade geral. A lei votada pelos representantes do povo é o resultado da vontade geral e não é uma restrição da liberdade individual.

O Contrato Social hoje está expresso na Constituição. Segundo Philip Petit,⁴ o Contrato Social baseia-se no consentimento dos governados. O contrato é válido enquanto o povo (detentor da soberania) está de acordo com o governo que o representa.

A Constituição é, pois, um contrato, a expressão concreta do contrato social. Sem embargo, em minha opinião pessoal, seu fundamento não está no direito natural, tendo em vista que este não existe, conforme facilmente se comprova através da mutação constante dos princípios fundamentais do direito no tempo e no espaço. Para citar apenas um instituto, a escravidão passou a ser tipificada como um crime hediondo, quando há menos de 150 anos era um direito garantido pela legislação positiva e pelos textos sagrados das tradições judaica e cristã.

O problema do fundamento último da norma jurídica foi bem analisado pelo marxismo, que, dentro da corrente que nega o direito natural, demonstrou a importância da luta de classes e do predomínio do interesse das classes dominantes na elaboração do direito positivo no decorrer da história.

A questão, entretanto, ficou, a meu ver, melhor resolvida a partir das colocações de Max Weber (1864-1920). Weber reivindica a autonomia das ciências sociais, que não podem se submeter a entidades metafísicas como o *espírito do povo*, que Savigny, inspirado por Hegel, via como criador do direito. Para Weber, explicam Giovanni Reale e Dario Antiseri, “o *espírito do povo* é produto de inumeráveis variáveis culturais e não o fundamento real de todos os fenômenos culturais de um povo”. O *espírito do povo* seria o produto da cultura e não a causa da cultura. O materialismo histórico dogmatizara as relações entre as formas de produção e de trabalho que formariam a chamada *estrutura*. As outras manifestações culturais da sociedade, a *superestrutura*, estariam subordinadas e seriam uma consequência da estrutura. Weber demonstrou que o cientista social deve estar preparado para reconhecer a influência de formas culturais, como por exemplo, a religião, sobre a própria estrutura econômica.⁵ Max Weber, como sabemos, acreditava que a ética calvinista foi um dos fatores mais importantes para o desenvolvimento do capitalismo. Na realidade existe uma interação dialética entre os vários aspectos culturais de cada comunidade e as formas de produção dos bens e serviços, assim como a relação entre as classes, tudo formando o chamado espírito do povo e, portanto, o direito positivo que varia no espaço e no tempo.

O direito positivo e sua execução real são uma das variáveis culturais. Dentro do direito positivo há que incluir a Constituição e a Teoria do Estado em voga (que incluem o *espírito do povo* e inspira a jurisprudência e a doutrina). A doutrina do Contrato Social de Locke, por exemplo, dominou e ainda domina o espírito do povo anglo saxão e tem se espalhado pelo mundo graças ao imperialismo cultural dos EUA.

⁴ Ver Philip Pettit, *A Theory of Freedom and Government*. New York. Oxford U.P., 1997. Clarendon Press, 1997.

⁵ Ver Giovanni Reale e Dario Antiseri, *Obra citada*, volume 3, p.469

B. O Contrato de acordo com a Constituição.

O neoconstitucionalismo, que na acertada definição de Ana Paula De Barcellos, nada mais é do que o estado do constitucionalismo contemporâneo,⁶ introduziu na Europa Continental, após o fim da Segunda Guerra Mundial, os conceitos da normatividade da Constituição, de sua superioridade hierárquica e de sua centralidade no sistema jurídico. Entre nós, que recebemos desde a proclamação da República grande influência do Direito Constitucional americano, esses princípios já norteavam nosso pensamento constitucional. Entretanto, nos períodos de regime autoritário ou ditatorial, tais princípios foram relegados para o âmbito acadêmico, sendo sua aplicação intermitente e em alguns momentos esparsa. O neoconstitucionalismo só se impôs no Brasil como teoria e prática constitucionais incontestes a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Há um consenso entre os constitucionalistas e especialistas em direito comparado, que o caso Lüth de 1958, decidido pela Corte Constitucional alemã foi o *leading case* do neoconstitucionalismo ou da chamada constitucionalização do direito. A decisão propagou pelo mundo a chamada doutrina do “efeito horizontal” das normas constitucionais, ou seja, a aplicação direta dos princípios declarados na Lei Magna ao direito privado, interferindo assim a Constituição, de maneira inédita, na prevalência da autonomia da vontade. O caso Lüth pode ser assim resumido: Um produtor de cinema, Veit Harlan, que havia colaborado na propaganda nazista, dirigiu um filme romântico, apolítico, denominado “Amada Imortal” nos anos 50. Antes do lançamento da película, judeus alemães, liderados por Eric Lüth resolveram provocar o boicote do filme, que foi um fracasso de bilheteria. Com base no Código Civil Alemão, Veit Harlan e outros empresários que haviam investido no filme entraram com ação judicial contra Eric Lüth, por perdas e danos. Veit Harlan viu sua ação ser julgada procedente em todas as instâncias ordinárias. Entretanto, a Corte Constitucional em última instância deu a vitória final a Eric Lüth, não somente com base no princípio do direito de livre expressão do pensamento, mas também pela prevalência da dignidade humana, prevista na Constituição, como valor jurídico fundamental. A alta corte germânica deu assim forma à eficácia horizontal dos direitos fundamentais (sua aplicação ao direito privado), assim como enfatizou a necessidade de ponderação, quando há princípios conflitantes no texto constitucional.

A partir do caso Lüth ficou claro que o Código Civil alemão estava sujeito aos princípios constitucionais e, portanto, vários de seus artigos foram considerados revogados em vários pontos importantes (direito de família, união homossexual, igualdade entre homens e mulheres etc.).

Com a instalação das Cortes Constitucionais em vários países europeus de sistema romano-germânico ficou claro, na maioria desses países, que o Direito Positivo havia passado por uma enorme transformação na medida em que se determinou: (a) a normatividade da Constituição; (b) a superioridade hierárquica da constituição; (c) centralidade da carta constitucional (todos os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a

⁶ Ver Ana Paula de Barcellos, *Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das Políticas Públicas*, in Revista de Direito Administrativo, nº 240, 2005, Renovar, página 83.

Constituição)⁷; e (d) que as cortes constitucionais controlam os atos dos demais poderes do Estado em face da Constituição.

Assim, como explica Gustavo Tepedino, é de se rejeitar o tratamento estático e mecanicista por vezes conferido ao direito obrigacional, considerado por juristas do passado como instrumental teórico abstrato e atemporal, infenso às alterações históricas. Hoje, o contrato deve ser interpretado à luz da constituição que tem com ponto focal a dignidade da pessoa humana. É fundamental agora que o contrato respeite, para manter-se válido, os princípios que necessariamente os informam, como a boa fé objetiva, a função social das avenças e o equilíbrio econômico das prestações, sendo de se destacar os princípios dos direitos do consumidor.⁸

Portanto, no Direito contemporâneo, a prática da interpretação do contrato sofreu uma radical transformação. Antes o dispositivo seco do artigo 85 do Código Civil de 1916 dizia: "*Nas declarações de vontade se atenderá mais a sua intenção que ao sentido literal da linguagem.*" Hoje os artigos 112 e 113 do Código Civil de 2002 estipulam: Art. 112. *Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.* Art. 113. *Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme à boa fé e os usos do lugar de sua celebração.*

Essa transformação na interpretação dos contratos se baseia nos princípios constitucionais que se concentram principalmente em conceitos como o da dignidade da pessoa humana, da cidadania, assim como dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (Cfr. Art. 1º da Constituição Federal).

II - CONSTITUIÇÃO E TRATADOS

Sem dúvida, a diferença mais importante entre o sistema romano-germânico e a chamada *common law tradition* estaria na questão das fontes formais do direito. O direito positivo romano-germânico seria predominantemente escrito e o da *common law* seria não escrito.

Tradicionalmente, as fontes formais do Direito Positivo nos países, como o Brasil, que adotam o sistema romano-germânico são a lei escrita, em sentido amplo e os costumes. Orlando Gomes melhor explicava o assunto ao escrever que:

*"Conceituada, porém, a fonte formal como forma de expressão e do direito positivo, só o costume e a lei podem classificar-se, sem controvérsia, sob essa rubrica. Justificam-se, não obstante, referências à jurisprudência e à doutrina pela função colaboradora que exercem na elaboração do Direito. Quando muito, poder-se-ia, porém, dizer que desempenham em relação à lei e ao costume, o papel de satélites, na comparação sugestiva de DU PASQUIER."*⁹

⁷ Ver Ana Paula de Barcellos, obra citada, página 84.

⁸ Ver Gustavo Tepedino, Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil -Constitucional: in Apresentação, 2005, Renovar, páginas XI e XII.

⁹ Cfr. Orlando Gomes, Introdução ao Direito Civil, 8ª edição, Forense, 1986, Rio de Janeiro, página 33.

Considerava-se, tradicionalmente, que as fontes formais no Direito Romano Germânico eram, por ordem de importância: lei escrita (constituição e leis ordinárias) e costume. Nos casos omissos, eram para serem utilizados os princípios gerais de direito, tal como explicados pela doutrina dos jurisconsultos. É de notar-se também que no sistema romano a palavra lei é reservada para a norma escrita emanada pelo legislador, não abrangendo o costume.¹⁰ Obviamente em inglês a palavra *law* inclui os conceitos de costume, jurisprudência, princípios gerais etc.

Em nosso Direito Positivo, o assunto está disposto no art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil,¹¹ nos seguintes termos: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Este dispositivo legal considera lei somente a lei escrita. O costume não seria, portanto, lei e antes de aplicá-lo o legislador deverá utilizar a analogia. É de se recordar que a analogia não é uma fonte formal do direito positivo, mas apenas um método de interpretação de um sistema de normas jurídicas. Ressalte-se que o legislador da Introdução ao Código Civil quando trata de lei, restringe-se exclusivamente ao conceito de lei escrita. A jurisprudência como fonte é totalmente ignorada.

Apesar de a maior parte dos juristas brasileiros considerarem as normas consuetudinárias como normas hierarquicamente inferiores à lei escrita e não admitirem o costume *contra lege*,¹² parece-me de bom senso admitir com a minoria, que aliás tem a respaldar-lhe, entre outras, a Escola Histórica de Savigny, que o costume é fonte formal do direito positivo no mesmo nível da lei escrita. Demais, há numerosos exemplos na prática de o costume *contra lege* revogar a lei escrita, antes mesmo de o legislador consagrar por escrito a norma consuetudinária. Foi o caso da descriminalização do adultério.¹³

É incontroverso que lei escrita em sentido amplo são também os tratados internacionais, quando internalizados. Sem embargo, o único consenso entre os internacionalistas sobre os conflitos entre as normas de um tratado e a legislação interna de cada país é que não há consenso sobre o tratamento desses conflitos. É verdade que a Emenda Constitucional nº 45

¹⁰ O saudoso Professor San Tiago Dantas explicava este tema magistralmente em suas aulas: *Quando a norma é declarada pelo próprio Estado, expressamente, segundo um processo de elaboração determinado no direito constitucional, tem-se então, a Lei, quando é elaborada espontaneamente sem a intervenção dos órgãos legislativos do Estado, ficando em vigor graças à aquiescência que o Estado lhe dá, tem-se então o costume, tem-se a norma costumeira.* (Cfr. Dantas, San Tiago, Programa de Direito Civil, Aulas Proferidas na Faculdade Nacional de Direito, Parte Geral, Editora Rio, 2ª Tiragem, página 82.)

¹¹ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

¹² Entre aqueles que jamais admitiram o costume *contra lege*, destacam-se Clovis Bevilacqua, Caio Mário da Silva Pereira, Miguel Serpa Lopes.

¹³ Relata San Tiago Dantas: *Tal é a opinião da Escola Histórica, que deu grande relevo ao costume como fonte de direito e que nos mostra que tanto a lei como o costume têm uma mesma origem material, embora formalmente uma origem diversa, visto como a lei origina-se no próprio órgão legislativo, ao passo que o costume origina-se obscuramente, maioria das vezes em órgãos extra-estatais; mas materialmente, a origem é a mesma, porque quer a lei, quer o costume, tiram a sua inspiração dessa consciência coletiva que vai se transformando com o tempo.* (Cfr. San Tiago Dantas, obra citada, páginas 82 e 83.)

trouxe alguma luz sobre como interpretar os tratados que dizem respeito aos direitos humanos. A confusão, porém persiste em uma série de pontos relacionados com o assunto. No âmbito da jurisdição do direito internacional, o que outorga autoridade ao tratado é a norma *pacta sunt servanda*.

Como sabemos, no Brasil, o tratado para ser válido deve ser negociado e assinado pelo Poder Executivo Federal, aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República. Para entrar em vigor internamente devem ser promulgados e publicados. Vigora como lei internacional com o depósito de números de ratificação previsto no próprio tratado.

O tratado formalmente só pode ser revogado por denúncia, que geralmente produz efeitos após um ano. Com relação à denúncia, existe entre nós controvérsia sobre se é ato exclusivo do chefe de Estado ou se é necessário que este busque a aprovação do Congresso Nacional antes de tomar a decisão de revogar o acordo internacional. É óbvio que dentro da jurisdição internacional, o Presidente da República tem autoridade plena para denunciar os tratados. Internamente, porém, entendo que o Chefe de Estado deve submeter a questão ao Congresso já que o tratado, para entrar em vigor precisa da aprovação do Parlamento. Assim como o Presidente da República não pode revogar as leis ordinárias sem que o Congresso aprove outra lei, pelo mesmo motivo, não deve poder denunciar um tratado sem aprovação legislativa. A questão, entendo, está *sub judice* no Supremo Tribunal Federal (STF).¹⁴

Com relação ao conflito entre normas provenientes de fontes internas e internacionais, seguirei o esquema ideado pela Professora Carmen Tibúrcio em artigo esclarecedor em homenagem ao saudoso Professor Celso de Albuquerque Mello.¹⁵ Segundo a Professora Carmen, há agora três tipos de conflitos a ser analisados: o conflito entre a Constituição Federal e o Tratado; o conflito entre a lei ordinária e o tratado; e o conflito entre lei interna e tratados de direitos humanos.

A. O Conflito entre a Constituição Federal e o Tratado

Como sabemos, o conflito a Constituição Federal e tratado internacional pode ser formal ou material. O conflito é formal quando a concretização do tratado não obedeceu ao ritual prescrito pela Lei Maior. É quando se dá a ratificação imperfeita. Sobre esta questão, o art. 46, item I da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que recentemente foi ratificado pelo Brasil dispõe: “1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental. 2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, em conformidade com a prática normal e de boa fé.” Entendo que um tratado que tenha sido ratificado pelo Brasil sem a autorização do Congresso Nacional seria nulo por isto que sua formalização teria se materializado mediante uma violação manifesta de nossa Carta Magna.

¹⁴ Trata-se da ADIN nº 1.625. Pediu vista a Ministra Ellen Gracie, em 2 de outubro de 2009.

¹⁵ Cfr. Carmen Tibúrcio, *Fontes do Direito Internacional – Os Tratados e os Conflitos Normativos*, in Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo, Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello, Renovar, 2008, Rio de Janeiro, página 279.

Já a Convenção de Havana, também ratificada pelo Brasil, expressamente dispõe em seus artigos 10 e 11 que os Estados não podem invocar sua nova constituição ou leis para descumprir os tratados.

Com relação a conflito material, no Brasil sempre houve um consenso na Doutrina de que os tratados devem ajustar-se à Constituição. Este consenso cristalizou-se a partir da norma constitucional presente nas leis magnas de 1967 e de 1988, que passaram a conceder expressamente ao Supremo Tribunal Federal a competência para declarar a inconstitucionalidade dos tratados (letra b do inciso III do artigo 102 da CF de 1988). Pela prevalência da constituição sobre o tratado pronunciaram-se: Oscar Tenório, Carlos Maximiliano, Francisco Rezek, Jacob Dolinger. Foram vozes divergentes: Haroldo Valadão, Vicente Marotta Rangel e Hidelbrando Accioly. Atualmente doutrina e jurisprudência são unânimes ao pôr a Constituição em uma posição hierárquica acima do tratado. No conflito entre a CF e a Convenção da OIT que trata da reintegração do trabalhador demitido sem justa causa, assim pronunciou-se o STF, por maioria de votos, deferindo o pedido de medida cautelar:

"E M E N T A: - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional,

de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego.

Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10)".¹⁶

Este processo foi extinto pelo Relator tendo em vista que houve denúncia do tratado pelo Chefe do Poder Executivo Federal.¹⁷ Não houve, portanto julgamento do mérito da ação. Em junho de 1997, outra ADIN (1625) foi ajuizada sobre assunto correlato, agora questionando a constitucionalidade do Decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que anunciou a denúncia da Convenção da OIT, já que o Poder Legislativo não se pronunciou sobre a denúncia. O julgamento se encontra no momento suspenso, tendo pedido vista a Ministra Ellen Gracie, que está com os autos desde 2/10/2009.

Outro caso lapidar sobre a validade de tratado em face da Constituição da República foi recentemente julgado pelo STF e recebeu a seguinte ementa:

"DEPOSITÁRIO INFIEL-PRISÃO. A subscrição pelo Brasil da Convenção Americana sobre Direitos Cíveis e Políticos (Direitos Humanos) ou Pacto de São José da Costa Rica (PCR), limitando a prisão civil por dívida, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel." (Alberto de Ribamar Ramos Costa v Superior Tribunal de justiça –STJ- Habeas Corpus (HC) 87.585-8 Tocantins, Relator: Ministro Marco Aurélio.)

O caso pode assim ser resumido: por ter sido condenado como depositário infiel (saldo contábil de arroz não devolvido), em ação de depósito, o paciente do HC teve sua prisão decretada pelo Juiz Federal em Tocantins por 60 dias, nos termos do art. 11, 1º do Decreto 1.102 de 1903, que exige a devolução da coisa ou prisão.

Foi negado provimento à apelação do paciente pelo TRF 1ª Região. A decisão transitou em julgado.

¹⁶ ADIN 1480-3/DF, Plenário, Relator: Ministro Celso de Mello.

¹⁷ O despacho do Ministro relator foi concluído assim: "...VÊ-SE, PORTANTO, QUE A CONVENÇÃO Nº 158/OIT NÃO MAIS SE ACHA INCORPORADA AO SISTEMA DE DIREITO POSITIVO INTERNO BRASILEIRO, EIS QUE, COM A DENÚNCIA, DEIXOU DE EXISTIR O PRÓPRIO OBJETO SOBRE O QUAL INCIDIRAM OS ATOS ESTATAIS - DEC. LEGISL. 68/92 E 1855/96 - QUESTIONADOS NESTA SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, NÃO MAIS SE JUSTIFICANDO, POR ISSO MESMO, A SUBSISTÊNCIA DESTE PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA, INDEPENDENTEMENTE DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, NO CASO, DE EFEITOS RESIDUAIS CONCRETOS GERADOS POR AQUELAS ESPÉCIES NORMATIVAS. (...) SENDO ASSIM, E TENDO EM CONSIDERAÇÃO AS RAZÕES EXPOSTAS, JULGO EXTINTO ESTE PROCESSO DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, EM VIRTUDE DA PERDA SUPERVENIENTE DE SEU OBJETO."

O paciente entrou então com HC perante o próprio TRF alegando que o acórdão violara a EC 45/2004 (§ 3º do Art. 5º da CF), que equipara tratados sobre direitos humanos a Ecs. Negado o writ, a questão subiu em grau de Recurso Ordinário (RO) ao STJ. Por decisão monocrática o RO foi negado e o Agravo Regimental (AR) respectivo desprovido. Entrou então o paciente com HC no STF.

Antes da promulgação da EC 45/2004, o Brasil subscrevera, aprovara por maioria simples do Congresso Nacional (CN) e ratificara o PCR.

É interessante notar que a CF prevê claramente, em cláusula pétrea, a possibilidade de prisão civil por depósito infiel no inciso LXVII do Art. 5º da CF: *"não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel."*

O depósito infiel está regulado na legislação ordinária, pelo Decreto de 1903 supra mencionado, pelo Art. 904 do Código de Processo Civil (CPC) e pelo Art. 652 do Código Civil de 2002 (Art. 652).

No caso em questão, o Ministério Público (MP) (Subprocurador-Geral da República), em uma opinião neoconstitucionalista, deu parecer favorável ao paciente tendo em vista que o prazo da prisão previsto pela lei seria desproporcional, inútil e contrário ao princípio da razoabilidade. A prisão por dívida não poderia ser aceita no moderno Estado Democrático de Direito.

A CF (Art. 102, III, b), a maior parte da doutrina e a jurisprudência brasileira sempre adotaram o ensinamento de que o tratado internacional é norma infraconstitucional, ou seja, da mesma hierarquia da lei ordinária, conforme já exposto acima.

O Art. 7 § 7º do PCR dispõe: *"Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar."*

Ainda o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também adotado pelo Brasil antes da EC 45/2004 estipula: *"Ninguém poderá ser preso por não poder cumprir com uma obrigação contratual" (Art.11).*

Não esqueçamos a opinião de grandes internacionalistas como CANÇADO TRINDADE e CELSO LAFER, que consideram que o Art. 5º § 2º da CF faz integrar a ela todo direito adotado por tratado internacional de direitos humanos. Diz o § 2º em tela: *"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."*

Esta doutrina perdeu força a partir da promulgação do novo § 3º do mesmo art. 5º, inserido na CF, que diz: *"§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."*

A decisão unânime do STF (o Min. Joaquim Barbosa estava de licença) foi pela concessão do writ.

Os principais fundamentos da decisão do STF foram: (a) o inciso LXVII do Art. 5º da CF não é auto aplicável; (b) o PCR derogou a lei ordinária sobre a matéria; (c) existe um processo de crescente internacionalização dos direitos humanos e há uma clara tendência mundial de abolir a prisão do depositário infiel; (d) a prisão do depositário infiel seria incompatível com os

direitos fundamentais da pessoa humana; (e) na CF primam a dignidade da pessoa humana, os direitos individuais, o repúdio à tortura; (f) o eixo do Direito Internacional Público (DIP) passou a ser o ser humano em sua dignidade; (g) o tema do depositário infiel é facultativo para o legislador e o espaço da autonomia do legislador pode ser ocupado pelo DIP; (h) o tratado é supra legal (Gilmar Mendes); (i) o tratado comum tem o mesmo nível hierárquico que a lei ordinária já o tratado sobre direitos humanos é supra legal, está impregnado de natureza constitucional, embora subordinado à CF (Celso de Melo).

Sobre o assunto, convém notar que integram o chamado Bloco da Constitucionalidade, ou seja, o grupo de juristas que consideram que o tratado sobre direitos humanos compartilha o mesmo nível hierárquico da Constituição Federal, ilustres internacionalistas tais como: Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Celso Lafer; Valério de Oliveira Mazuoli. Para eles e vários Ministros do STF, o PCR tem um caráter material constitucional. Houve, portanto, a sua recepção pela CF vigente.

B. O Conflito entre a Lei Ordinária e o Tratado

Conforme assinala Carmen Tibúrcio no artigo supra indicado,¹⁸ para melhor compreender o tema, é preciso examinar o debate dos internacionalistas, entre monistas e dualistas (ou pluralistas).

Segundo os dualistas ou pluralistas, as ordens (jurisdições) interna e internacional são independentes. No plano internacional, o Estado se obriga, perante sujeitos de direito internacional (outros Estados, Organizações Internacionais), de acordo com o princípio *pacta sunt servanda* a cumprir uma série de obrigações que são reguladas pelo Direito Internacional Público. Esta teoria teve como elaboradores Triepel e Anzilotti, e, entre nós, mereceu a acolhida de Amílcar de Castro. No plano interno, o Estado soberano, exercendo sua soberania, seu poder de polícia, dita normas a seus cidadãos, normas que conformam o chamado direito positivo.

Segundo a doutrina monista, existiria uma integração entre o Direito Internacional e o Direito Interno, havendo uma discussão secundária para se saber se prevalece o Direito Internacional sobre o interno ou se as normas deste estariam hierarquicamente acima das normas internacionais. Segundo Carmen Tiburcio, esta última escola não ganhou corpo, em virtude das suas semelhanças com o dualismo, tendo sido por ele absorvida.

Alfred Verdross, discípulo de Kelsen, elaborou a teoria do monismo moderado, que foi encampado entre nós por José Francisco Rezek. Segundo esta teoria, que adota o princípio *lex posterior derogat priori*, a prevalência do direito interno ou do direito internacional dependeria do momento em que a norma foi promulgada, sendo que a mais recente revogaria a anterior. Confirma Carmen Tiburcio, entretanto, que a maioria dos internacionalistas brasileiros, inclusive Celso de Albuquerque Mello, perfilhou-se à doutrina da escola monista radical pela qual existiria uma supremacia das normas do Direito Internacional sobre aquelas do Direito

¹⁸ Obra citada, página 298.

Interno. O Código Tributário Nacional adotou o princípio do monismo absoluto em seu artigo 98, que dispõe: "*Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha*".

Entre nós, prevalece o monismo moderado, ou seja, os tratados em geral (com exceção daqueles sobre direitos humanos) tem a mesma hierarquia das leis ordinárias podendo ser revogados por estas.

No Direito Comparado, a doutrina não está pacificada. É de se destacar a posição dos Estados Unidos, onde os tratados e convenções internacionais são incorporados à ordem jurídica interna, de acordo com o art. 6º, 2ª Seção da Constituição que equipara os tratados à lei federal, que prevalece, obviamente sobre qualquer lei estadual ou local.

C. O Conflito entre a Lei Interna e o Tratado sobre Direitos Humanos

Esta questão entre nós ficou mais claramente resolvida depois da promulgação da Emenda constitucional nº45 que acrescentou o parágrafo 3º ao art. 5º da CF que dispõe:

"Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais."

Antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, ou seja, com relação aos tratados de direitos humanos firmados e adotados pelo Brasil, anteriormente a 31 de dezembro de 2004, data da publicação e entrada em vigor da referida emenda, os internacionalistas, de maneira radical ressaltavam a centralidade que os direitos humanos ocupa no Direito das Gentes. É incontroverso que os Direitos Humanos adotados pelas nações Unidas fazem parte hoje do Direito das Gentes e têm validade universal. São parte do Direito Positivo Internacional e prevalecem sobre o direito interno de qualquer país. Sem dúvida, os tratados sobre direitos humanos adotados pelo Brasil, mesmo aqueles aprovados por maioria simples no Congresso, antes da Emenda Constitucional nº 45, estão incorporados à Constituição, conforme explicou Antônio Augusto Cançado Trindade:

*"A Constituição Brasileira vigente (antes da promulgação da Emenda nº 45) não faz exceção a esta nova e alentadora tendência do constitucionalismo hodierno. Com efeito, o artigo 5º §2º da Constituição Federal de 1988 determina que "os direitos e garantias individuais expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República federativa do Brasil seja Parte. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso facto* ao direito interno brasileiro, no âmbito do qual passam a ter "aplicação imediata" (artigo 5*

§ 1º), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados.¹⁹

Assim, em matéria de direitos humanos, a Emenda Constitucional nº 45 representou um recuo incontestável na defesa e implantação dos tratados sobre direitos humanos entre nós, já que agora exige uma maioria qualificada do Congresso Nacional para que aqueles diplomas legais internacionais possam integrar à Constituição da República.

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2009

Fellow do Weatherhead Center for International Affairs da Universidade de Harvard. Mestre em Direito Empresarial pela PUC/Rio. Ex-Procurador da Fazenda Nacional e ex-Advogado sênior do Banco Interamericano de Desenvolvimento EUA. Membro do IAB.

¹⁹ Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade, O Direito Internacional em um Mundo em transformação (Ensaio, 1976 – 2001), Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2002, páginas 650 e 651.