

DIREITO E DEMOCRACIA NOS SUBSISTEMAS POLÍTICOS DO BRASIL: O CASO DO PODER LEGISLATIVO CEARENSE

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: ORDEM JURÍDICO-CONSTITUCIONAL
MESTRANDA: IZABEL NATÉRCIA SOLON BARREIRA



**DIREITO E DEMOCRACIA NOS SUBSISTEMAS
POLÍTICOS DO BRASIL: O CASO LEGISLATIVO
CEARENSE.**

Orientador: Prof. Ms. Dimas Macedo

T
C740756
328
B27J
R1515837

Dissertação apresentada ao
Curso de Mestrado em Direito da
UFC, como requisito parcial à
obtenção do Título de Mestre

Fortaleza – Ce.
2002.

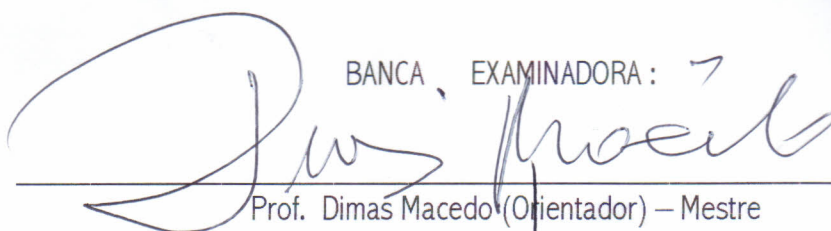
“DIREITO E DEMOCRACIA NOS SUBSISTEMAS POLÍTICOS
DO BRASIL: O CASO DO PODER LEGISLATIVO CEARENSE”

ISABEL NATÉRCIA SOLON BARREIRA

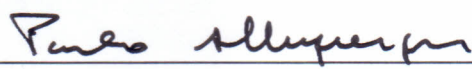
Dissertação apresentada em 28 / 5 / 2002, com menção :

APROVADA

BANCA, EXAMINADORA : 7


Prof. Dimas Macedo (Orientador) – Mestre


Prof. José Filomeno de Moraes Filho - Mestre
UECE / UNIFOR


Prof. Paulo Antonio Menezes de Albuquerque - Doutor
UFC / UNIFOR

- MAIO / 2002 -

Agradecimentos

Muitos são os que colaboram para a conclusão deste trabalho. De alguma maneira, gostaria de agradecer àqueles que sempre estiveram comigo, incondicionalmente durante este período:

- à Coordenação do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza, na pessoa do Prof. Francisco Otávio de Miranda Bezerra, pelo apoio e incentivo constantes;
- ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará/Mestrado em Direito Público, que tão acolhedoramente me recebeu, na pessoa de seu Coordenador o Prof. LD. Raimundo Bezerra Falcão;
- ao meu orientador e amigo de sempre, Prof. Dimas Macedo, por sua paciência e presteza em todos os momentos, serei eternamente grata;
- ao meu incentivador constante, Prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima, por seu estímulo permanente e confiança;
- aos meus queridos amigos de "Sampa": Alberto Amaral Júnior, Fernanda Martins Cunha, Fernando Facury Scaff, Hugo Aníbal de Costa Lima e Moura, Luiza Borges Moron e Ruy Vidal Gomes da Silva, companheiros de discussão e crescimento emocional e intelectual;

- aos meus amigos Alberto Fernandes, João Alfredo Telles Melo, José Filomeno de Moraes Filho, Newton de Menezes Albuquerque, Paulo Antônio de Menezes Albuquerque;
- ao meu companheiro Manuel Antônio, homem do bem, conquista diária e luta incessante para a consecução de um amor maduro e gentil, onde possamos construir juntos o “tempo da delicadeza”;
- às minhas irmãs Eveline, Mônica e Marta, amores cativos;
- aos filhos que Deus, à sua maneira, me deu Thiago, Leticia, Thaís, João Victor e Rafaela;
- as minhas amigas-irmãs, Ângela Gurgel e Gláucia Studart Alencar, confidentes fieis das dores e delícias mundanas.

RESUMO

O presente trabalho parte da análise epistemológica do fenômeno do Direito com o objetivo de situá-lo na tarefa de implementação social. Aqui, o ponto central da argumentação reside na observação de que o Direito é indissociável do contexto plural inerente a qualquer sociedade que se organize sob a perspectiva de uma teoria da democracia. A crítica à formulação positivista de compreensão do Direito é realizada tendo como auxílio modernas concepções que incluem a realidade social como pressuposto de aplicação do direito. Num segundo momento, o trabalho analisa, a partir da noção de pluralidade do Direito, o comportamento institucional do Poder Legislativo, com seus limites e histórico de atuação. Neste sentido, a averiguação realizada sobre um subsistema do Poder Legislativo – a Assembleia Legislativa do estado do Ceará – conduz a uma possibilidade conclusiva: apesar das deficiências político-partidárias deste subsistema, existe, do ponto de vista do desenho institucional do Poder Legislativo, a potencialidade de intervenção significativa na vida política local – superando a realidade do paternalismo.

ABSTRACT

The present work from the epistemological analysis of the Law phenomenon with the objective to place it in the task of social implementation. Here the central point of the argumentation consists in the observation that Law can not be dissociated from the plural context which is inherent any society that is organized under the perspective of the democracy theory. The criticism of the positivist formulation of Law is accomplished by modern concepts that include the social reality as presumption of application of the Law. In a second moment, the work investigates the institutional behavior of the Legislative Power, starting from the concept of plurality of the Law, with its limits and history of activities. In this sense, the investigation accomplished about a subsystem of the Legislative Power – the Legislative Assembly of the State of Ceará - reaches a conclusive possibility. In spite of the political deficiencies of this subsystem, there is, from the point of view of the Legislative's institutional structure, the potentiality of significant intervention in the local political life.

I. INTRODUÇÃO

O trabalho se justifica em face do interesse de investigar historicamente a atuação e relação do Legislativo estadual cearense com o Poder Executivo e os laços de divergência frente à vontade do Chefe do Executivo. Tal afirmação é feita porque se revela a aprovação, em regra, de Leis que “agradam” ou visam dar suporte político a orientação e programa de governo a ser executado. Evidente que esta relação de dependência não se dá de maneira linear: ela se apresenta, na sua própria manifestação, conflitiva, com a pluralidade de aspectos que uma realidade complexa normalmente se apresenta.

No decorrer da história, Executivo e Legislativo, têm atuado no Ceará, em consonância, sobretudo quando se trata de medidas que visam rejeitar os interesses de setores nitidamente populares. Tal fato é mais contundente a a partir da posse, em 1986, do Governador Tasso Ribeiro Jereissati que, pretendendo criar um estado moderno, procurou implantar metas modernizantes, de cunho autoritário, contando para o “sucesso” destas com a aprovação e autorização da Assembléia Legislativa.

O primeiro governo Tasso Jereissati constituiu-se numa tentativa de ruptura com os governos, dantes denominado dos “coronéis”, patrocinadores de um estado com características “feudais”, clientelista. Pode-se, assim, numa

licença histórica, dizer que o que se tentou fazer foi *mutatis mutandi* uma “revolução burguesa” no Estado do Ceará; onde a burguesia, já detentora do poder econômico passa, então, a controlar o aparelho do Estado, apossando-se deste para satisfazer ou contemplar os interesses do empresariado industrial, perfeitamente engajado e consciente de sua força política no Centro Industrial do Ceará (CIC). Saiu-se, assim, de um estado “velho”, dominado por uma elite arcaica, para um estado “novo” dominado por uma elite nova; elite essa filiada a um novo partido (PSDB) – e que passou a contar, nos seus quadros, com parlamentares, da situação anterior que não resistiram ao apelo dos novos detentores do poder no Estado do Ceará¹.

O que de fato mudou no legislativo estadual a partir de 1986? Até que ponto os partidos, considerados de esquerda, podem interferir ou, até mesmo, contrariar os projetos de um executivo forte e autocrático? Na correlação atual de forças, no Parlamento estadual, entre governistas e não governistas (oposição) haveria possibilidade de vitórias institucionais dos setores de oposição? As metas de modernização, do governo das “mudanças”, foram metas democráticas? Visaram fortalecer a democracia? É possível falar de adesão ou apoio popular em relação a essas metas modernizantes?

¹ É, interessante notar que vários parlamentares, governistas foram anteriormente identificados como conservadores e anacrônicos pela própria força política que conquistou o poder no Estado do Ceará a partir de 1986.

O Objetivo do trabalho é, exatamente, problematizar tais indagações. Iniciar-se-á com um estudo histórico das Constituições brasileiras desde a primeira, de 1824, até a atual, de 1988. Este apanhado é fundamental já que as Constituições estaduais, no federalismo brasileiro, são quase cópias fiéis da Constituição Federal. Num momento posterior, tentar-se-á investigar até que ponto os resquícios de um Executivo historicamente hipertrofiado, no Brasil, dos períodos do estado Novo e Militar, refletiu e cerceou a atuação de um poder político como o Legislativo. É claro que, pela “teoria de freios e contrapesos”, seria possível a presença de um poder na órbita de outro; mas entende-se que atuar incisivamente, não significa “roubar” para si todo o poder que originariamente é de competência de outro.

É possível vislumbrar um Legislativo estadual mais independente, como legítimo definidor de uma agenda política, com potencialidades constitucionais, que possibilitam sua autonomia. Um Legislativo funcionando dentro do Estado Democrático de Direito, de modo pleno e delimitando sua esfera de competência, impondo-se sobre os demais poderes. Legislativo fraco, do ponto de vista democrático, é sinônimo de servidão, de instrumento de proteção e perpetuação dos privilégios das elites dominantes, através da criação de legislações que visam a manutenção do *status quo*. Leis que não engendram nenhuma mudança social, que não acompanham as transformações verificáveis na sociedade e que não conseguem apontar soluções para os inúmeros e acirrados conflitos sociais pouco significam para a tradução da institucionalização da democracia. Aparece, portanto, um Legislativo que, mesmo sendo uma instituição política fundamental,

se assemelha a um apêndice do Executivo, referendando apenas o que interessa aos “donos do poder”. O Legislativo não pode e não deve se distanciar do clamor social, da expectativa e concretização da realidade de justiça social, sob pena de se cristalizar como poder aviltado.

Como conceber um legislador que não dialoga com a realidade, que não materializa sua ação de representante político por meio do constante contato social? O legislador deve conscientizar-se de que mandato parlamentar é uma delegação que o povo lhe concede para fazer-se representar. O que interessa na democracia é a vontade geral, segundo Rousseau, e a soberania é popular. Não convém dissociar povo e parlamento.

As Assembléias Legislativas Estaduais, baseado na competência residual, têm capacidade para criar as normas jurídicas concernentes a temas que não estejam previstos na faixa de competência legislativa da União e dos Municípios. De acordo com a Constituição do Estado do Ceará, de 5 de outubro de 1989, a iniciativa de leis cabe: a) aos deputados estaduais, b) ao governador do Estado, c) ao presidente do tribunal de justiça, “em matéria de privatividade judiciária”, d) ao cidadão, nos casos e formas previstas constitucionalmente.

Pode a Presidência da Assembléia do Ceará rejeitar qualquer proposição legal: a) sobre assuntos alheios à competência da Assembléia, b) manifestamente inconstitucional, c) anti-regimental, d) quando não devidamente redigida, de modo que não se saiba, à simples leitura, qual a providência objetiva,

e) que contenha expressões ofensivas a quem quer que seja, f) quando, em se tratando de substitutivo, emenda ou subemenda, não guarde direta relação com a proposição que se pretende alterar (Regimento Interno da assembléia).

No entanto, conforme José Filomeno de Moraes Filho, “no Ceará o pacto homologatório entre Governador e deputados estaduais, tem uma natureza específica. De fato, a vinculação partidária comum do Governador e do partido e coalizão parlamentares majoritários, advinda das urnas, faz com que não seja razoável pensar numa disjunção de comportamentos políticos” (in “O Legislativo cearense: perfil sócio-político e decisões – 1995-1998”).

Em uma sociedade democrática o que provoca o surgimento de direitos ou leis é o fato social. O Direito deve regulamentar, exatamente, o comportamento humano na sociedade, não podendo, portanto, se distanciar deste comportamento. É fundamental que nossos legisladores tenham sempre em mente o interesse popular e social, a realização, tão ansiada por parte do povo, de justiça social.

CIÊNCIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA JURÍDICA

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
ABSTRACT	6
INTRODUÇÃO	7
1. CIÊNCIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA JURÍDICA.....	13
1.1 A Ciência do Direito	13
1.2 As Concepções Positivistas da Ciência do Direito.....	17
1.3. Da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.....	19
1.4. Racionalidade Científica da Jurisprudência.....	26
1.5 Racionalidade Científica da Jurisprudência.....	30
1.6. O Papel Normativo da Crítica Metajurisprudencial.....	46
1.7. Direito e as Ciências Sociais.....	59
2 - O PODER LEGISLATIVO NOS SUBSISTEMAS POLÍTICOS DO BRASIL.	79
2.1 Imunidades e Proteção do Mandato Legislativo.....	79
2.2 Espécies de Imunidades.....	84
2.3 A Imunidade Parlamentar e a Igualdade.....	92
2.4 As Imunidades Parlamentares no Ordenamento Constitucional Brasileiro.....	93
2.5 A Imunidade Parlamentar na Constituição Federal de 1988 e na Constituição do Estado do Ceará.	106
2.6 Os Poderes Legislativo e Executivo no Estado do Ceará.	113
2.7 A Assembléia Legislativa do Ceará.....	125
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	128
4. BIBLIOGRAFIA.....	133

1. CIÊNCIA DO DIREITO E SOCIOLOGIA JURÍDICA.

1.1 A Ciência do Direito.

A Escola Histórica alemã, criou no século passado, a expressão “Ciência do Direito”. Essa escola, que era formada principalmente de juristas-professores, empenhou-se em dar à investigação do direito um caráter científico. No entanto, é preciso recuar mais no tempo para captar as linhas evolutivas desse processo de formação de uma concepção hegemônica do Direito

Os romanos não tematizaram diretamente o problema da cientificidade do direito. Na sua ciência jurídica o ponto crítico é a questão da denominada “ciência prática”, do saber, que não somente contempla e descreve, mas também prescreve e age. Este caráter, esboçado na jurisprudência romana, vai marcar o pensamento do direito nos séculos seguintes, tornando-se não apenas um de seus sinais distintivos, mas também razão para várias tentativas de reforma.

Foi em Bolonha, no século XI, que nasceu a ciência européia do direito. Aos textos de Justiniano, os juristas da época deram um tratamento metódico, cujas bases estavam nas técnicas explicativas usadas em aulas, principalmente no chamado *Trivium*, composto de gramática, retórica e dialética, que faziam parte das “artes liberais” de então. Com isto aprimora-se uma técnica especial de estudos de

textos pré-fabricados e aceitos por sua autoridade, caracterizada pela glosa gramatical e filosófica, pela exegese ou explicação do sentido, pela consonância, pela distinção. A ciência do direito nasce com seu caráter dogmático, desse embate travado entre o texto estabelecido e seu tratamento explicativo. A ciência do direito, no tempo dos glosadores, se assume como ciência dogmática do direito, como dogmática jurídica, onde ressalta o caráter exegético das suas intenções e se mantém a forma dialético-retórica (no sentido aristotélico) de seu método.

O pensamento jurídico dos glosadores preponderou na ciência do direito sem contestações até o século XI, quando começou, então, a ser criticada, acima de tudo pela sua falta de sistematicidade. A ligação entre ciência e pensamento sistemático pode ser observado à partir do século XVII.²

Neste aspecto, ressalta-se a contribuição do jusnaturalismo moderno (direito racional), a partir do século XVI, ao direito privado europeu através do conceito de sistema. A jurisprudência européia, que até então, era marcado por uma ciência exegética e de interpretação de textos singulares, passa a ostentar um caráter lógico-demonstrativo de um sistema fechado, cuja estrutura domina até hoje os códigos e manuais jurídicos. A redução dos enunciados a relações lógicas é pressuposto óbvio da formulação de “leis naturais”, universalmente válidas, a que se associa o postulado antropológico que vê no homem um ser natural, um elemento de um mundo explicável segundo leis naturais

² Cf. FERRAZ Jr. Tércio Sampaio in “ A Ciência do Direito”. Ed. Atlas

A natureza decaída do homem é presumida, segundo Pufendorf³, pelas prescrições do direito natural. Em consequência, tornada “ordenação”, pois todo direito compreende, pela sua essência, uma proibição. É na função imperativa, que repousa o caráter fundamental do direito. Por sua função imperativa a norma jurídica nos obriga a fazer ou deixar de fazer algo. No entender de Pufendorf o direito natural, na sua função imperativa, tem sua justificativa na vontade divina, que originariamente estabeleceu os princípios da razão humana.

A ciência do direito, nos quadros do jusnaturalismo, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁴, se por um lado quebra a ligação entre jurisprudência e procedimento dogmático, baseado na autoridade dos textos romanos, por outro lado, não rompe com o caráter dogmático, que procurou melhorar, ao dar-lhe a qualidade de sistema. A teoria jurídica se torna um “construído sistemático” da razão e, em nome da própria razão, um instrumento de crítica da realidade. Duas importantes contribuições, portanto: a) o método sistemático, conforme o rigor lógico da dedução; b) o sentido avaliativo crítico do direito posto, em nome de padrões éticos inseridos nos princípios reconhecidos pela razão.

Helmut Coing⁵ diz que o século XIX representa a destruição e a vitória do sistema transmitindo pelo jusnaturalismo, que sustentava toda a sua força na “crença iluminada” na razão humana. Os sistematizadores do direito natural não estavam vinculados a nenhuma fonte positiva do direito.

³PUFENDORF, Samuel. In “De Jure Naturae et Gentium libre octo”, Nova York, 1934

⁴FERRAZ Jr. Tércio Sampaio, Ob. Cit.

⁵COING, Helmut in “Zur Geschichte des Privatrechtssystems”, Frankfurt/m, 1962.

A Escola Histórica teve o grande mérito de colocar para si a questão do caráter científico da ciência do direito. Aqui a indagação é se o direito tem a sua essência dada pela sua história, se o seu ser é determinado pela categoria teórica da temporariedade histórica, tema firmado sobretudo por Savigny, ao exigir da investigação científica do direito o reconhecimento análogo do valor e da autonomia, dos princípios da ciência histórica. Ao seu lado estava também a dogmática jurídica, entendida como teoria do direito vigente, que passou gradativamente a ter fundamental importância para os representantes da escola histórica, maior que a pesquisa histórica propriamente dita⁶.

1.2. As Concepções Positivistas da Ciência do Direito

No início o termo positivismo não foi apenas uma tendência científica, mas também esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa. O período que antecedeu à revolução burguesa, na França, caracteriza-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força, levando à insegurança das decisões judiciais. O jurista, à partir daí, teve

⁶ Entre os discípulos do mestre Savigny, a investigação histórica mostrou-se um tanto deturpada em sua prática, caso em que as fontes romanas acabavam sendo postas em evidência, conforme sua importância e eficácia para um sistema, dogmático, fabricado segundo uma organicidade lógico-formal. Assim, a ciência jurídica da escola histórica, terminou por se reduzir a um conjunto de proposições logicamente ordenado, abrindo, deste modo, as “portas” para o chamado pandectismo, que na França equivalia, a chamada escola exegese e na Inglaterra, à escola analítica.

sua tarefa circunscrita cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma “unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento dos seus fundamentos”, derivando finalmente para o chamado “positivismo legal”, com a autolimitação da ciência do direito ao estudo da lei positiva e o estabelecimento da tese da “estatalidade do direito”⁷. O positivismo jurídico, sobretudo no sentido restrito de positivismo legal, muitas vezes, apresenta uma concepção de sistema de característica consideráveis, em que pese a diversidade das suas formas. Primeiramente, trata-se de um “sistema fechado”, do que decorre a exigência de acabamento, ou seja, a inexistência de lacunas.

O direito compõe uma totalidade que se revela nos sistemas de conceitos e proposições jurídicas, em estreita ligação. Nesta totalidade, que tende a fechar-se em si mesma, as lacunas aparentes devem ser corrigidas, no ato interpretativo, não através da “criação” da nova lei, mas pela redução de um caso específico à lei superior na hierarquia lógica. Isto quer dizer que as leis de alcance genérico maior contêm logicamente as outras, na totalidade do sistema. O sistema jurídico é, obrigatoriamente, revelação de uma unidade imanente, perfeita e acabada, que a análise sistemática se incumbe de explicitar.

A segunda característica da concepção positivista é uma continuidade da tradição jusnaturalista. Estamos falando da idéia de sistema como método, como instrumento metódico do pensamento, ou ainda, da ciência jurídica. Bergbohm⁸ asseverava que o único método verdadeiramente científico da ciência do direito é, de um lado, a abstração e a generalidade gradativa a partir de fatos concretos até as premissas de dedução, e, de outro lado, a verificação de modo regressivo de proposições hipotéticas, através de um movimento gradativo inverso, até os fins do caso concreto. A ciência positiva do direito de Bergbohm é uma ordenação partindo de conceitos superiores, aos quais se subjugam os especiais, e que estão acima dos antagonismos das disciplinas jurídicas particulares.

A doutrina jurídica do século XX, por sua parte, rejeitará a concepção positivista de sistema, não só enquanto estrutura formal fechada e acabada, mas também enquanto instrumento metódico do pensamento jurídico. No que diz respeito à primeira questão, o Direito se mostra, enquanto realidade complexa, numa pluralidade de dimensões, que sugerem uma estrutura necessariamente aberta, de uma historicidade imanente. Sobre o segundo aspecto, observa-se que a simples transposição de esquemas lógicos, como a dedução, a redução, a indução e a classificação das ciências da natureza para a

⁷ REALE, Miguel. In "Filosofia do Direito". Ed. Saraiva. São Paulo, 1969.

⁸ BERGBOHM, Karl in "Jurisprudenz und Rechtsphilosophie", Leipzig, 1892.

área do direito, pode falsear os contornos do pensamento jurídico, constituindo grave prejuízo para a sua metodologia.⁹

A Ciência jurídica apresenta-se assim como um processo de subsunção, dominado por uma dualidade lógica em que todo fenômeno jurídico é reduzido a duas possibilidades: ou é isto, ou é aquilo, formando redes paralelas de exceções. Para cada ente jurídico a busca de sua natureza presume uma atividade teórica desse tipo, onde os fenômenos são de direito público ou de direito privado, um direito qualquer é real ou pessoal, uma sociedade é comercial ou civil etc., sendo as eventuais incompatibilidades tratadas como exceções ou contornadas por ficções.

1.3. A Teoria Pura do Direito para Hans Kelsen

Ao realizar na época atual sua ordenação sistemática, a ciência jurídica tem observado, porém, que não trabalha com conceitos de natureza homogênea. Uns são conceitos empíricos e genéricos, elaborados pela técnica jurídica, como, por exemplo, a pretensão, a declaração de vontade, o sujeito de direito etc.. Outros são conceitos empíricos referentes a objetos e situação expressivos para a vida social (empresa, serviço etc..). Outros estão relacionados com a essência dos fenômenos típicos da vida social (comunhão de bens, propriedade privada, pessoa, posse etc..). Por último há aqueles que

⁹ A primeira metade do século XX é marcada pelas preocupações metodológicas, iniciada na fase anterior. Do pandectismo até na obra de Kelsen, existiu uma concepção da Ciência do Direito como ciência da realidade empírica, ligando-a, sobretudo, à Sociologia.

se referem a valores éticos (como boa-fé, usos e costumes, mulher honesta, bem estar social etc).

Foi por causa dessa multiplicidade que Hans Kelsen¹⁰ propôs o que denominou Teoria Pura, numa declarada pretensão de reduzir todos os fenômenos jurídicos a uma dimensão capaz de ordená-los coerentemente. Nestes termos, Kelsen propõe uma ciência jurídica preocupada em ver, nos diferentes conceitos, o seu aspecto normativo, reduzindo-os a norma ou a relações entre normas. O princípio de sua proposta está numa diferenciação radical entre duas categorias básicas de todo conhecimento humano: o ser e dever-ser, a partir dos quais se distinguem o mundo da natureza e o mundo das normas. Kelsen admite que o direito é um fenômeno de amplas dimensões, sendo objeto da sociologia, história, antropologia, ética etc.. Para a ciência do direito, restrito senso, porém, ele deve ser visto como um objeto que é o que é pela sua especial forma normativa. Para Kelsen a vontade, conceito a que dá especial tratamento em sua teoria, é apenas o resultado de uma operação lógica fundamental para o entendimento da normatividade do direito: a chamada imputação. Imputação é a forma como os fatos se encaixam dentro de uma conexão normativa: a pena é imputada a um comportamento, de onde temos a noção de delito; o comportamento que evita a pena e não é

¹⁰ Cf. KELSEN, Hans, in **Teoria Pura do Direito**, Ed. Martins Fontes. Abril de 1985, São Paulo.

imputado nos dá a noção de dever jurídico; assim sujeitos de direito nada mais são do que centros de imputação normativa; e a vontade, juridicamente falando, é uma construção normativa, que representa o ponto final num processo de imputação.

A Teoria Pura do Direito de Kelsen é até hoje muito discutida, e, mesmo, contestada. São seus principais adversários os jusnaturalistas e os sociólogos. Guiaremos-nos, doravante, pelos estudos que Norberto Bobbio¹¹

O Direito Natural expressa, frente à objetividade da Teoria Pura do Direito, valores subjetivos ou até mesmo irracionais e, portanto, irreduzíveis à análise científica. Em relação à sociologia, a discussão, ao contrário, se leva a cabo em nome da distinção entre a esfera do ser, a que pertencem os fenômenos sociais, e a estrutura do dever-ser, a que pertence o direito: este, enquanto norma ou conjunto de normas (ordenamento) é uma estrutura classificada da realidade social e, como tal, deve ser estudado não por uma ciência como a sociologia, que procede ao estudo da realidade social com o método causal, mas por uma ciência particular, não explicativa, mas normativa.

Vê-se que a Teoria Pura do Direito, apresenta duas pretensões fundamentais: a) que é a ciência e não ideologia; b) que é a ciência própria do objeto específico ao qual se dirige, o Direito.

De acordo com defensores do direito natural, o erro maior da teoria pura do direito estaria no fato de que ao impor ao jurista que se comporte como um frio intérprete da norma positiva, qualquer que seja o valor ético da norma, torna-o colaborador de qualquer regime, por desprezível e repugnante que seja, em um bajulador, ou pelo menos, em um impassível investigador do fato consumado.

Bobbio¹² rebate a acusação, dizendo ser ela inconsistente, alegando que Kelsen distinguiu até exaustivamente o problema do valor do direito, do problema da validez, isto é, o problema da justeza de uma norma do problema de sua existência (ou seja, de que se é válida); e que disse, mais, que não é tarefa da ciência do direito (se pretende ser ciência como qualquer outra, isto é, indiferente aos valores – tal como o pensamento weberiano de uma ciência isenta de juízos de valor) ocupar-se da maior ou menor justiça das normas de um determinado ordenamento, mas da sua existência ou inexistência.

¹¹ Cf BOBBIO, Norberto, in “ Contribucion a la Teoria del Derecho “ Fernando torres editor. S.A. – Valencia, 1980

¹² BOBBIO, Norberto. Op. Cit, pag 121.

O dever do jurista, se quer ser um investigador de fatos, e não um moralista, seria o de distinguir as normas válidas das que não são válidas, independente do fato de que repugnem ou não as consciências.

E o que se pode entender por Justiça? Existe algum critério seguro para distinguir o justo do injusto? Indaga Bobbio¹³. O que o estudo do direito natural revela é que as máximas da justiça, quando são universais, são fórmulas vazias. Conseqüentemente, quando se diz que as normas jurídicas são válidas, se cria duas possibilidades: ou se faz referência à fórmula universal, mas vazia, da justiça, ou então todas as regras jurídicas são justas, pela que, também, a doutrina jusnaturalista ameaça perverter-se; ou nos referimos a uma fórmula particular – a qual, por ser, precisamente, particular, tolera, ao seu lado, a presença de outras fórmulas particulares de justiça – e então as normas jurídicas seriam válidas segundo as crenças ou ideologias das pessoas que as aplicam.¹⁴

O legalismo jurídico é uma doutrina ético-política cujo conteúdo consiste em afirmar que as leis são justas, enquanto tais (por isso têm de ser obedecidas), ao passo que a doutrina pura do direito se limita a

¹³ BOBBIO, Norberto, Op. Cit Pg 123

afirmar que as leis são válidas independentemente do fato de serem justas ou injustas. Como doutrina ético-política do direito, a concepção legalista se contrapõe à concepção jusnaturalista. Esta, como verificamos, defende que as leis são válidas se forem justas, indicando, assim, que distingue o juízo da validade do juízo do valor e subordinando o primeiro ao segundo; a concepção legalista, ao contrário, sustenta que a norma é justa pelo só fato de ser válida, unificando, assim, o problema do valor com o da validade.

A Teoria Pura do Direito é um método de considerar o direito, não é uma teoria da justiça e, portanto, não se pode identificar e nem com a teoria jusnaturalista, nem com a concepção legalista, que também é uma teoria da justiça. De maneira radical, a Teoria Pura é indiferente às teorias da justiça; e precisamente nesta indiferença consistirá o dever do jurista, enquanto cientista.

O pensamento de Capograssi¹⁵ é de que para Kelsen o direito é força, e que “existe atrás de todo este positivismo um direito natural que rege todos os ordenamentos positivo e é o direito natural da

¹⁴ Com estas observações, sobre a falta do caráter absoluto do juízo de valor, Bobbio não pretende negar ao cidadão ou aos grupos organizados de indivíduos, a possibilidade de submeter a lei a uma valoração moral. O que se nega é que o juízo de valor seja igual ao juízo da validade.

¹⁵ G. CAPOGRASSI ” Impressioni su Kelsen tradotto” in Rivista Trimestrale di Diritto Público”, 1952 pp 767-815

força". Bobbio¹⁶ refuta esta colocação, dizendo ser inadmissível se pensar que um jurista da estirpe de Kelsen conceba o direito desta maneira, uma vez que este defendeu, intransigentemente, a democracia frente aos estados totalitários, e os ideais pacifistas contra os imperialistas.

Aqui pode ser ilustrativa a comparação com a doutrina de Hobbes: se é possível admitir a redução do direito à força, é porque uma das bases de sua doutrina é a de que não existe melhor critério de justiça que a lei, pelo que vale o princípio de que é justo o que está ordenado e injusto o que está proibido. Kelsen, contrariamente, se limita a dizer que o direito só existe independentemente ser justo ou injusto -- quando as normas além de válidas são também eficazes (o chamado princípio da efetividade). Kelsen difere de Hobbes porque, nunca, em sua teoria pura, se coloca no terreno da justificação moral do direito. Da mesma maneira não afirma, que ao Estado é moralmente lícito fazer o que queira e que, portanto, faça o que fizer, atua justamente; simplesmente explicou quais as condições na base das quais os governantes atuam para conseguirem os fins a que se propõem. Uma coisa é dizer que aos governantes tudo é permitido e outra que para agirem devem servir-se dessa técnica de organização social, que é o direito.

¹⁶ BOBBIO, N, Op Cit

1.4. Da Teoria Pura à Sociologia Jurídica

A oposição que os defensores da sociologia jurídica fazem a teoria pura do direito é que o direito é um fenômeno social e que, como tal, não pode ser estudado abstraindo-o da sociedade. Para estes críticos a teoria pura do direito parece “uma arbitrária alienação do fenômeno jurídico, da realidade”, o que conduz a um vazio e “estéril formalismo”. Kelsen, acrescenta Bobbio¹⁷, combatendo os sociólogos, ao distinguir o problema da validade do problema do valor, e também distinguiu o problema da validade do direito da sua realidade factual. E, ainda mais: o problema da validade do direito, continua Bobbio, que é o objeto da teoria pura do direito, não exclui o tratamento, em outro campo, do problema da realidade social do direito, objeto da sociologia jurídica. Kelsen admite a importância da análise sociológica para a compreensão do fenômeno jurídico.

Mesmo que Kelsen não haja feito a distinção entre Teoria Geral do Direito e disciplinas particulares, (a primeira destinada ao estudo da estrutura normativa e , as outras, aos conteúdos normativos); não resta dúvida de que sua preocupação pertence ao primeiro tipo de investigação. A Teoria Pura do Direito, enquanto análise estrutural da

¹⁷ BOBBIO, N. Op. Cit. Pag 133

experiência jurídica, é uma teoria geral no sentido de teoria formal do direito, como o faz questão de ressaltar Bobbio¹⁸.

Uma Teoria Geral do Direito é formal, a partir do momento em que tem como objeto de estudo a estrutura de fatos do mundo social e econômico, adquirindo caráter de juridicidade, enquanto referentes a uma dada estrutura. Na opinião de Bobbio é insensato reprovar a teoria pura do direito por ser formal, se é certo que seu propósito é o descrever os elementos formais da realidade jurídica, prescindindo conscientemente do conteúdo.

Tomando a “face” de especial técnica social é o Direito caracterizado pela organização do poder coativo. Onde existe um sistema de regras de comportamento válidas e eficazes, existe, conseqüentemente, direito.

Ao passo que a sociologia jurídica concebe o estudo do direito como fenômeno social e pode coexistir sem problemas com o estudo do direito como regras, a jurisprudência sociológica, apresentou-se como uma particular forma de ciência jurídica, com método próprio desejando ser a única ciência jurídica possível e, como tal substituir a jurisprudência normativa. O método próprio da jurisprudência

¹⁸ BOBBIO, N. Op Cit. Pag 134

sociológica era o das ciências naturais, consistente na determinação de “leis” , ou seja, de relações constantes de causa e efeito entre fenômenos. A jurisprudência sociológica acusa a jurisprudência normativa de não ser nem empírica nem, descritiva, ao operar no plano do dever-ser, não sendo assim uma verdadeira ciência.

Essa acusação Bobbio¹⁹ rejeita, apontando que o próprio Kelsen desenvolveu, estudos sobre a diferença que existe entre a determinação dos comportamentos de fato, tarefa da ciências naturais, e a determinação da validade normativa, tarefa da ciência jurídica propriamente dita, concluindo que não existe nenhuma incompatibilidade entre um e outro método, e sim uma primazia da jurisprudência normativa sobre a sociológica, devido ao fato da ciência sociológica do direito pressupor o direito dado pela jurisprudência normativa.

Pode-se identificar portanto duas correntes: os que advogam um direito “livre”, sociólogos e os realistas, enquanto os defensores da função interpretativa da jurisprudência são os formalistas e normativistas. A discussão entre os defensores da jurisprudência interpretativa e os da jurisprudência criativa representa um contraste de natureza política e ideológica: trata-se da preferência

¹⁹ BOBBIO, N. Op. Cit. Pag139

que deve dar-se aos dois valores fundamentais da experiência jurídica, a certeza ou a eqüidade, desde o momento que a interpretação, dentro dos limites da lei, assegura melhor o valor da certeza e, que a criatividade da jurisprudência assegura melhor a eqüidade. Sendo assim a ciência do direito seria uma ciência objetiva e isenta de valores, seu problema central não é certamente o de determinar que ordenamento jurídico é politicamente mais oportuno ou idealmente mais justo, mas o de descrever a estrutura formal do ordenamento jurídico enquanto tal.

O grau de eqüidade e certeza, depende, em cada ordenamento, das normas particulares, que em vista das distintas ideologias dirigentes que regulam as relações entre órgãos legislativos e executivos e estabelecem, de modo maior ou menor, vínculos à atividade do juiz. Trata-se do modo distinto em que deve ser disciplinado, em um ordenamento jurídico concreto, a atividade dos criadores de normas individuais, o que gera a controvérsia entre defensores da jurisprudência conceitual, e defensores do direito livre. É certo que qualquer que seja o resultado da controvérsia, ou qualquer modo em que tal atividade venha a ser regulada (admitindo-se ou não hetero-integração do ordenamento), a estrutura formal do ordenamento jurídico, tal como é descrito pela teoria Kelseniana, não modifica, o fato de que todo ordenamento está composto de normas

gerais e normas individuais, e de que essas últimas são tanto produtoras de direito quanto as primeiras.

1.5 Racionalidade Científica da Jurisprudência

O problema inicial de todo estudo de metodologia jurídica é o que diz respeito à cientificidade da jurisprudência não ter tido êxito para reconhecer-se plenamente na definição de ciência, formulada pelas diversas teorias da ciência.

O contraste verificável entre Ciência e Jurisprudência, ao invés de conduzir ao intento de reduzir a Jurisprudência à Ciência, tem como conseqüência a transposição do ideal científico fora e mais além da jurisprudência, isto é, leva à construção de uma ciência do direito distinta da jurisprudência.

A concepção racionalista da Jurisprudência expressa na mentalidade iluminista, caracterizava-se por duas assertivas fundamentais: 1) o mundo é um sistema ordenado, regido por leis universais e necessárias (racionalismo objetivo ou metafísico); 2) o homem é ser racional, ou seja, dotado de uma faculdade que o possibilita compreender aquelas leis (racionalismo subjetivo e metodológico). A concepção da Ciência como adequação da razão

subjetiva do homem, a razão objetiva do universo está fundada nas duas afirmativas acima referidas. A Ciência consiste na descoberta e formulação das leis que estão na natureza e, que como tais, são necessárias e imutáveis; os resultados que obtém, em consequência, suas verdades, têm eternidade. Este modo de entender a Ciência e a função do cientista parecia feito para desconcertar o jurista e colocá-lo diante de toda a fragilidade de suas construções.

Daí o impulso para considerar o direito natural como a verdadeira ciência do direito, um saber definitivo das leis humanas, que de modo algum poderia ser constituído pela Jurisprudência. Para isto seria decisivo a adequabilidade aos princípios fundamentais que regem a concepção racionalista, a saber: 1) existem leis necessárias e universais que regulam a conduta do homem, leis naturais semelhantes a todas as demais leis que regulam o universo; 2) a ciência do direito natural tem a função de descobrir e enunciar estas leis, com o objetivo de estabelecer de maneira válida e, definitivamente, as regras imutáveis do comportamento social do homem e os princípios da sociedade ótima.

A unidade do direito natural assim alcançada como afirma Bobbio²⁰, não é ideológica, mas metodológica, dada precisamente

²⁰ BOBBIO, N. Op. Cit., pag 177

pela lograda inserção do estudo ético-jurídico na concepção racionalista da ciência mecanicista predominante. Desta maneira o mundo do conhecimento jurídico foi dividido em duas partes: por um lado foi criado um novo saber que por ser *verdadeiro* não era jurídico (o direito natural) e por outro lado se manteve o saber tradicional que por ser *jurídico* não era verdadeiro (a jurisprudência).

Para o positivista o mundo é constituído por um conjunto de acontecimentos ou fatos, e estes fatos, para penetrarem no sistema da ciência, devem ser controlados experimentalmente. O cientista é, pois, um registrador de fatos, não possui a estrutura do “legislador do universo”, mas possui a humildade de “explorador de uma pequena porção deste mundo”.

O positivista é antimetafísico, porque o seu caminho para chegar ao saber total não é o caminho especulativo, mas o experimental, o do paciente e meticoloso registro dos fatos, controlados experimentalmente. Para o positivista o fato é o pressuposto e guia da análise científica. O que não pode ser redutível a fato, a acontecimento verificável, não pode entrar no sistema científico; e como a Ciência, para o positivista, é a única forma possível de conhecimento, não é sequer passível de ser conhecível.

A jurisprudência não se insere nessa concepção positivista do saber, já que realiza seu labor não sobre fatos experimentais, mas sobre proposições dadas e intocáveis (as normas jurídicas) que são válidas inclusive quando contraditadas pelos fatos. A doutrina filosófica oficial afirmará então que a jurisprudência não é ciência, que não pode ser uma verdadeira ciência como as demais: a Jurisprudência é uma dogmática. E dizer que a Jurisprudência é uma dogmática, quer dizer que não tem nada a ver com a ciência, de acordo com o conceito que dela tem a filosofia oficial.

Alberto Calsamiglia²¹, ao igual que Bobbio, também está interessado na questão da cientificidade da Jurisprudência e diz que o modelo racionalista e positivista da ciência pode ser por repúdio à concepção de uma jurisprudência como ciência. No mundo racionalista seria preciso que a Jurisprudência utilizasse o método dedutivo se sua pretensão fosse converter-se em ciência; além disto, o objeto deveria ser imutável e universal. Assim, a Jurisprudência não podia ser considerada ciência, porque não pretende descobrir as leis imutáveis da natureza, tendo como objetivo as normas positivas contingentes. A partir daí, deste modelo de ciência, o direito natural se constituiria no legítimo saber científico, porque seu objeto são leis naturais imutáveis e necessárias; seu método é dedutivo e a faculdade

BFD

humana que pode descobrir estas leis é a razão humana. Em relação à concepção positivista, o pensamento de Calsamiglia é também semelhante ao de Bobbio. O mundo é necessariamente racional, não existindo leis racionais naturais que governem o universo. Para o positivista só existem fatos e o único método de conhecimento é o experimental. No grande sistema da ciência, só cabem os fatos verificáveis. Aqui, pelo motivo da Jurisprudência não tratar de fatos, não pode ter reconhecimento de seu estatuto científico. As doutrinas antiformalistas, no princípio do século, e muito especialmente para Eugen Ehrlich, partiram deste modelo de ciência e pretenderam substituir a jurisprudência pela sociologia do direito.

Retornando a Bobbio²², está claro que para ele a lei jurídica pode ser reduzida à lei da lógica e da ética, e com o mesmo procedimento, ao fato empírico: o fato psíquico se a lei fosse vista não como abstrata fórmula legislativa, mas como produção de uma vontade de uma inteligência; também poderia ser reduzida ao fato social em sentido amplo se fosse considerada no conjunto das relações humanas em que nasce, desenvolve-se e desaparece.

²¹ Cf. CALSAMIGLIA, Alberto, in *Metodologia y Derecho Privado – Anales de la Catedra Francisco Suares - Granada*

²² BOBBIO, N. Op. Cit. Pag 179

Tornava-se possível, assim, uma ciência empírica do direito, com a redução do direito a fato; no entanto, essa Ciência, uma vez mais, não seria a Jurisprudência, não seria o “estudo que o jurista realiza para fins de sistematização doutrinal e da prática das proposições normativas vigentes em um determinado ordenamento”. Sob do império da concepção positivista as únicas ciências do direito possíveis, seriam a sociologia e a psicologia jurídicas, mas nenhuma das duas eram Jurisprudência, pois continuavam seu caminho sendo desconsideradas pelos cientistas, que as qualificavam como simples arte ou técnica, frente ao direito, e como dogmática frente à ciência empírica dos fatos jurídicos.

Conforme os modernos metodólogos, as proposições incondicionalmente verdadeiras são, melhor falando, proposições rigorosas. A cientificidade de um discurso não consiste na verdade, isto é, na equivalência da enunciação com uma realidade objetiva, mas no rigor da sua linguagem, na coerência de um enunciado com todos os demais, que fazem parte do mesmo sistema.²³

²³ A Propósito da linguagem Jurídica nos ensina Dimas Macêdo: “ Nos quadros da Ciência Jurídica, podemos identificar dois níveis de linguagem: um situado nos domínios da técnica jurídica e outro no campo de incidência da Ciência do Direito propriamente dita. No primeiro caso, é correto ousarmos falar de uma peculiar linguagem do direito; mas já no segundo estamos diante de uma metalinguagem, isto é, de uma linguagem que busca interpretar a linguagem do Direito. O discurso do cientista do direito tem que ser fundamentalmente um discurso meta-linguístico”. Cf MACEDO Dimas, in Ensaio de Teoria do Direito, pag 44, Secretaria de Cultura e Desporto, Fortaleza, 1985

É rigorosa uma linguagem²⁴, quando: a) todas as palavras das proposições primitivas do sistema estão definidas, ou seja, quando estão estabelecidas todas as regras de seu uso, e não são jamais utilizadas desrespeitando tais regras; b) quando estão estabelecidas as regras na base das quais as proposições primitivas podem alcançar as proposições derivadas e não se usam outras regras além das estabelecidas. Conseqüentemente uma ciência se apresenta como um sistema fechado e coerente de proposições definidas. Quanto mais coerente é um sistema de proposições, mais científica ele é.

Trata-se de reconhecer que esta forma mais elevada de conhecimento objetivo, ou, melhor dizendo, inter-subjetivo, em que consiste a ciência, se forma de pleno direito quando nossa observação (que é um fato perceptivo) vem expressada por sinais (convencionais) tais que possam ser transmitidos e acatados pelos demais, com menor possibilidade de mal entendidos, o que significa, em outras palavras, que o maior ou menor caráter científico de um estudo depende do maior ou menor rigor da linguagem que se superpõe à linguagem comum, tornando-a mais rígida ou substituindo-a, inclusive.

²⁴ BOBBIO N, Op. Cit, 183

A concepção neo-positivista, assevera Bobbio²⁵, permite a compreensão, no âmbito das ciências, do estudo do jurista e, portanto, ajuda o jurista a dar-se conta, com maior consciência, da natureza de seu trabalho de estudioso quando constrói esse sistema coerente de proposições, que é a teoria geral e particular de um determinado direito positivo.

Veja-se, agora, qual o objeto que trata a jurisprudência. A matéria sobre a qual atua o jurista é o conjunto de regras de conduta. Podem ser realizados, diante das regras de comportamento que formam a matéria do trabalho de investigação do jurista, dois estudos dessemelhantes, mas ligados um ao outro: 1) analisar a regra enquanto tal ou, bem, 2) o conteúdo da regra, ou seja, o regulado. O estudo da regra enquanto tal constitui a chamada Teoria Geral do Direito, que, para Bobbio²⁶, deveria chamar-se Teoria Formal do Direito. E a Jurisprudência, propriamente dita, seria o estudo do conteúdo da regra, do suposto fato jurídico.

Portanto, não existe Jurisprudência fora da regra e do regulado e tudo o que está antes da regra (seja o fundamento ou a origem) não pertence ao estudo do jurista. Se pode constatar, agora de acordo com Bobbio, a importância da teoria normativista, que ao delimitar o

²⁵ BOBBIO, N Op. Cit. Pag 184

objeto da Jurisprudência chegou a excluir do campo do estudo do jurista a inspiração ético-política e o estudo dos fatos que constituem respectivamente o conteúdo do direito natural e da sociologia.

As proposições, que são expressões das regras que o jurista se ocupa, podemos denominar, por causa de sua validade ideal, e não real, normativas. O jurista faz objeto de seu estudo um determinado conjunto de proposições normativas.

O objeto próprio da jurisprudência são proposições normativas já dadas (resultado de um estudo empírico precedente que o jurista deve respeitar até o limite do “absurdo manifesto” ou da injustiça escandalosa que constam exclusivamente da crítica própria de todo sistema científico, isto é, da elaboração de uma linguagem rigorosa para fins de plena comunicabilidade das experiências pré-fixadas. A análise da linguagem é a parte crítica comum e indispensável de toda ciência. A Jurisprudência é, em sua parte essencial, uma análise da linguagem e, de maneira mais exata dessa específica linguagem na qual, através das proposições normativas, se expressa o legislador. E precisamente porque sua operação fundamental consiste na construção de uma linguagem rigorosa, isto é, científica, é ciência igual a qualquer outra, seja empírica ou formal. Estas operações não

são mais que a atividade complexa, na qual tradicionalmente se faz consistir o trabalho do jurista. Não existe, em suma, Ciência do Direito fora do trabalho do jurista intérprete, o qual, precisamente neta condição, realiza a análise linguística imprescindível à ciência pode prescindir.

Deste modo, três fases do desenvolvimento da jurisprudência poderiam ser consideradas sempre que por jurisprudência se entender a análise linguística queretna, como objeto as proposições normativas de um determinado ordenamento jurídico: a) como a linguagem do legislador não é necessariamente rigorosa, a primeira tarefa do jurista é torná-la mais rigorosa (purificação); b) não sendo a linguagem do legislador necessariamente completa:, a segunda função do jurista é completá-la, (integração); c) a linguagem do legislador não está necessariamente ordenada; a terceira tarefa do jurista é a de reduzi-la a sistema (ordenação).

Só se determina um conceito quando estão também determinadas as regras que fixam o uso da palavra, que o corresponde. Portanto, um conceito não é mais ou menos verdadeiro, mas sim mais ou menos utilizável, de acordo com o rigor empregado no estabelecimento das regras de seu uso. Linguagem científica é aquela em que todas as palavras estão definidas e o uso das palavras

definidas não contraria as regras que servem para sua definição; então, um estudo pode se chamar científico quando usa uma linguagem científica.

A interpretação consistiria num procedimento intelectual que permitiria ver além das proposições, ou seja, ver o que existe atrás, ou, numa expressão mais forte, de “saltar mais além da linguagem”. O que por nós é chamado e conhecido como “vontade”, pensamento, desejo, espírito, intenção, está, “preso” só no momento em que se expressa por palavras ou, sinais, começa sua vida no mundo da comunicação inter-subjetiva. Uma vontade não significativa, um pensamento não expressado, um ato psíquico não comunicado, não se insere em nenhum sistema cognoscitivo, nem, em consequência, em nenhum sistema científico.

A passagem da interpretação da palavra para a interpretação do espírito não representa nada mais do que a extensão das investigações sobre o uso da palavra, em relação a contextos e proposições cada vez mais numerosas e, sempre, com menor identidade com o contexto inicial.

Deve-se entender por interpretação de intenção todos aqueles meios aptos para estabelecer o significado de uma palavra ou de

grupos de palavras usadas e todos esses meios, vale ressaltar, são lingüísticos. É também interpretação de intenção, hoje freqüentemente chamada interpretação lógica, uma interpretação gramatical, uma vez que o jurista, nesta primeira etapa de estudo, não faz mais que fixar todos os meios que tem a sua disposição, e que não podem ser mais que meios linguísticos - as regras de uso das palavras adotadas.

A falta de rigor pode conduzir a um vício de plenitude, no sentido de que uma proposição expressada em uma linguagem não rigorosa é uma proposição em que não estão dadas todas as regras de uso das palavras componentes. É fundamental estabelecer portanto: a) que a linguagem do legislador, no sentido específico de falta de plenitude, é incompleta; b) que como qualquer linguagem que se torna cada vez mais rigorosa, pode ser completada. Exatamente esta integração de linguagem é que constitui a segunda etapa da investigação jurídica.

Uma linguagem é um sistema científico²⁷ não apenas quando estão dadas as regras do uso das palavras, mas também quando são conhecidas todas as regras que devem comandar a transformação das proposições e o desenvolvimento do discurso seja realizado sem o uso de outras regras de transformação fora as admitidas. Chama-se

²⁷ BOBBIO, N. Op. CIT. Pag 193 e 194

BFD

linguagem fechada aquela que se desenvolve por si mesma, fazendo explícitas as implicações contidas em suas regras constitutivas. Na base de todo ordenamento jurídico se encontra a regra fundamental, segundo a qual o conjunto das proposições normativas que compõem o ordenamento forma um todo fechado. De acordo com esta regra fundamental são proposições jurídicas apenas as que estão postas pelo legislador com tais formalidades concretas e aquelas outras que estão implícitas nas proposições postas e, portanto, são dedutíveis delas mediante as regras de transformações admitidas pelo próprio legislador. A análise do jurista está circunscrita aos limites de uma determinada linguagem, cujas regras de formação e de transformação foram fixadas anteriormente, independente de sua vontade. Neste sentido é possível falar de uma linguagem fechada a propósito da linguagem jurídica.

Diante da regra fundamental do fechamento do ordenamento jurídico o jurista atua em duas direções em seu trabalho de investigação: de um lado reconduz determinadas proposições ao sistema normativo, através das regras de transformação, que ele, jurista, mesmo admite como lícitas, por outro lado, elimina do sistema as proposições que não são dedutíveis. Com isto verifica-se que o sistema normativo não é perfeito (problema das lacunas), nem

muito menos a dedução abre a “porta” para duas soluções contraditórias (problema das antinomias).

A extensão analógica, que encontra seu espaço entre as regras de transformação do discurso jurídico, é acatada, expressa ou tacitamente, pelas legislações modernas. Uma convenção permitida pela linguagem jurídica é que o semelhante seja regulado com o semelhante. A extensão analógica é um tipo de interpretação extensiva, ou, melhor dizendo, é um meio com o qual se realiza a interpretação extensiva.

Do mesmo jeito que a literatura jurídica não é necessariamente rigorosa e completa, também não está necessariamente ordenada. Resultam de distintas e, inclusive, distantes estratificações históricas, que se superpõem em épocas diferentes e se acham ligadas umas às outras sem que um projeto geral haja presidido sua ordenação.

O direito tem, também, suas proposições imprecisas e suas antinomias. O sistema científico não pode ser derrubado por causa da presença das antinomias, mas para que esse sistema subsista é preciso partir da premissa de que as antinomias são lícitas. Não existe na estrutura da linguagem jurídica uma regra contra antinomias, existindo, por mais rigorosa que seja, sempre casos em relação aos quais não se tem nenhuma definição exata, justamente por não

terem sido previstos, existindo incerteza de submetê-los a esta ou outra categoria.

A Jurisprudência²⁸, encarada como ciência normativa, significa duas coisas muito diferentes e não obrigatoriamente relacionadas: no sentido “fraco”, quer dizer que a jurisprudência tem a ver com ou trata; no sentido “forte”, quer significar que põe ou propõe ou até mesmo impõe normas. Ao passo que as ciências sociais podem ser chamadas normativas só no sentido “forte”, já que, habitualmente, não têm a ver com regras, a Jurisprudência pode ser chamada normativa em duplo sentido, já que tem a ver com normas e estabelece normas.

Esta análise se complica em Kelsen, pois na teoria normativa do direito, o termo “normativo” é empregado com um significado que não corresponde a nenhum dos dois mencionados. Na expressão “teoria normativa” o termo tem um significado demasiado impreciso em relação ao primeiro sentido, e demasiado ambicioso em relação ao segundo: a teoria normativa é algo mais que um estudo sobre regras e algo menos que uma colocação ou imposição de normas, assim como nos ensina Bobbio.

²⁸ BOBBIO, N. Op. Cit pag 202

Assim parte-se do princípio de que não é contraditório afirmar, como o faz Kelsen, que os pares “normativo explicativo” e “prescritivo-descritivo” não se superpõem e que a ciência jurídica é às vezes descritiva e às vezes normativa; descritiva no sentido de que não prescreve e normativa no sentido de que o que descreve não são fatos, mas normas, ou seja, é descritiva do que deve-ser e não de que é.

A Ciência Jurídica é descritiva porque ou descreve fatos classificados por normas, ou seja, através de normas; ou chega a proposições de dever ser através de afirmações, o que não quer dizer que estes dois significados de “normativo” não se aliem na afirmação, muitas vezes feita por Kelsen, de que a Ciência Jurídica é normativa, enquanto descreve, não o que é, mas o que deve ser, e que para descrevê-la se utiliza de um determinado sistema normativo.

Após Kelsen a Ciência Jurídica ganha o caráter normativo por três títulos diferentes: a) porque tem a ver com normas; b) porque considera a realidade social através de um sistema normativo; c) porque estabelece normas. Sinteticamente, a categoria do normativo pode ser considerada em relação ao objeto, ao método e à função da Ciência Jurídica. Idealmente, tal como o modelo weberiano de tipos ideais, se pode conceber quatro modelos de ciência jurídica como ciência normativa: a) normativa no método e não na função (modelo Kelsenniano); b) normativa no método e na função; c) normativa não no método, mas na função; d) Não normativa nem no

método, nem na função²⁹. Da ciência jurídica de Kelsen é possível obter, deste modo, quatro modelos ideais de ciência jurídica; a) normativa descritiva (modelo Kelseniano); b) normativa-prescritiva; c) explicativa-prescritiva; d) explicativa-descritiva.

1.6. O Papel Normativo da Crítica Meta-Jurisprudencial

O contexto histórico, em que a jurisprudência e desenvolve suas atividades, condicionou-a de forma mais ou menos direta. De acordo com os diversos sistemas jurídicos e, mais precisamente, segundo a distinta natureza e hierarquia das fontes normativas, em um dado sistema, o trabalho do jurista pode ser mais ou menos criativo: a jurisprudência pode se manifestar como fonte principal, como fonte secundária ou até mesmo ficar excluída, imperativamente, da categoria das fontes.

Se a jurisprudência pode ser considerada como capaz de modificar o sistema existente (se bem que de modo tão lento, que pode parecer imperceptível durante muito tempo) – o trabalho do jurista acompanha-se necessariamente da reflexão crítica da metajurisprudência, ao propor seus modelos forma a consciência que o jurista tem de seu próprio trabalho. Deste modo, o tipo de relações

²⁹ BOBBIO, N, Op. Cit Pag 203 e 204

existentes entre jurisprudência e metajurisprudência se transforma em um estudo sobre a função histórica do jurista.

A Jurisprudência age diretamente sobre o sistema jurídico, na medida em que faz parte dele; enquanto a metajurisprudência atua sobre a Jurisprudência, podendo, também, embora indiretamente, exercer sua influência sobre o próprio sistema jurídico. Para adotar uma dicotomia simples, consideremos, diz Bobbio, que “tanto a jurisprudência como a metajurisprudência podem desenvolver uma ação de conservação ou de inovação, a primeira relacionada com o sistema jurídico vigente”, e a segunda relacionada a tendência predominante na jurisprudência e, portanto indiretamente também sobre o sistema jurídico vigente.³⁰³¹

O fenômeno que ocorre hoje é o de substituição de uma metajurisprudência , fortemente ideologizada, que teve o seu predomínio no período do “Methodenstreit”, por uma metajurisprudência mais realista que procede com método analítico, servindo-se de instrumentos mais apropriados para a individualização

³⁰ BOBBIO, N, Op. Cit. Pag 206

³¹ Para Kelsen a função do teórico da sociedade é conhecê-la e compreendê-la. Aqui Kelsen fala da função do jurista; se o jurista tem a função de descrever e não de prescrever, isso significa que a descrição do direito existente é uma meta que ele (jurista) deve ter.

Não se pode entender a teoria Kelseniana da ciência do direito se ela for abstraída de todo condicionamento histórico e de todo influxo ideológico; é o que nos ensina Bobbio.

Se existe a intenção de proceder-se um resumo da teoria Kelseniana da ciência jurídica em uma fórmula verdadeira, se pode dizer que: “prescreve - descrever”. O que corresponde dizer, de outra maneira, que obtém uma ciência do direito neutral ao preço de uma metajurisprudência ideologizada.

dos caracteres próprios do raciocínio jurídico. O princípio da *Wertfreiheit*, e portando da neutralidade tem atravessado a jurisprudência e a metajurisprudência.

Enquanto a metajurisprudência prescritiva, própria da concepção positivista, sugere o ideal de uma jurisprudência descritiva, a metajurisprudência descritiva, da época pós-positivista, volta a descobrir a função prescritiva do jurista na sociedade, de modo tal, que se tem produzido um intercâmbio completo de papéis. Ao passo que a metajurisprudência positivista encontra sua “vocação” em “prescrever-descrever”; a metajurisprudência atual, ao realizar sua própria “vocação” de descrever, descobre que a jurisprudência não descreve, mas que prescreve.

A Jurisprudência é ciência normativa que tem por as normas. Os principais instrumentos de trabalho, para o jurista, são as normas de um determinado sistema: delas obtém principalmente os conhecimentos e os argumentos necessários para alcançar o fim desejado. O jurista não pode olvidar a matéria “bruta” da qual toda norma deriva, ou seja, os interesses individuais e coletivos, cujo equilíbrio constitue o objetivo primordial de um ordenamento jurídico.

Quando dizemos que o jurista trabalha com normas significa dizer que ele tem a ver com uma categoria de coisas, algumas das quais, em relação à norma entendida como norma geral e abstrata, são “menos que normas” e outras “mais que normas”. As primeiras são as decisões judiciais (normas individuais) e as últimas são os princípios (normas generalíssimas). As normas de um sistema representam assim para o jurista os instrumentos de trabalho de que se utiliza para cumprir sua própria função social, que é de classificar comportamentos como obrigatórios, proibidos ou permitidos e, portanto, de designar direitos e deveres.

Um critério preciso para a orientação de uma análise dos distintos modos nos quais a jurisprudência relaciona-se com normas é o de distinguir a “puesta a punto” do instrumento de sua utilização. As duas principais fases da “puesta a punto” são a determinação das normas pertinentes e a revisão das normas já determinadas, com a finalidade de se propor outras novas. A determinação é um procedimento um tanto complexo, que pode constar de diferentes operações, das quais as mais, reconhecíveis geralmente são: a) comprovação, da existência da norma ou das normas que deverá ser usada no momento da aplicação: trata-se do chamado juízo de validade (tanto da validade formal, como, mais raramente, da validade axiológica e fática); b) a compreensão através da qual, uma vez identificadas as

normas, são-lhes atribuídas os significados mais adequados para o seu uso: trata-se da operação chamada interpretação; c) o descobrimento, por meio do qual o jurista, manipulando de várias maneiras as normas do sistema ou recorrendo à natureza das coisas, faz frente à contínua demanda por novas normas, solicitadas pelas exigências de uma convivência organizada em constante desenvolvimento. Com a operação do descobrimento acaba a fase da determinação e inicia-se a revisão. A jurisprudência positivista estabelece entre a investigação de “iure condito” (que apelidaremos determinação) e as propostas de “iure condendo” (que apelidaremos revisão), uma passagem de uma para outra lenta, em algumas ocasiões imperceptível. Um sistema jurídico não é estático: o trabalho da jurisprudência serve para mantê-lo em estado de equilíbrio dinâmico através do descobrimento de novas normas que tendem a modificar o sistema, bem com a introdução de novas normas, e o abandono de normas velhas^{32,33}

As normas são descobertas, interpretadas e comprovadas para serem utilizadas. Após a fase da “puesta a punto” segue a utilização. O uso para fins de aplicação é chamado direto e, o uso para fins de sistematização é chamado indireto. O uso aplicativo é produzido

³² BOBBIO, N. Op. Cit. Pag 211 e 212

³³ Hoje aparece bastante desfocado o critério de distinção mais empregado para diferenciar os dois momentos, da determinação e da revisão, isto é, o critério baseado na deferenciação entre juízos de valor e juízos de fato.

quando a norma se depara com os fatos, ou seja, com a conduta efetiva (ou somente possível) que deve ser normativamente classificada; o uso sistemático (dogmático), quando as normas de um sistema ou de um grupo homogêneo, delas se utilizam como instrumento lingüístico informe ou, ainda, “pouco formado”, para daí extrair conceitos, senão propriamente rigorosos, mas de linhas mais definidas e colocadas numa ordem sistemática uns em relação aos outros. Porque os conceitos dogmáticos são extraídos das normas, eles servem-se delas para uma mais precisa e coerente aplicação). Portanto, o uso direto, ou seja, a aplicação se encontra, freqüentemente, mediado pelo uso não imediatamente aplicativo que a dogmática faz das mesmas normas³⁴.

A jurisprudência tem como dever principal a classificação dos comportamentos humanos baseado no critério do lícito e do ilícito. Lícito e ilícito são classificações normativas, o que significa que para estabelecer o que é lícito e o que é ilícito é preciso fazer referência a um sistema de normas.

A crítica ao normativismo que provem, dos sociólogos reside não na oposição a que lícito e ilícito sejam conceitos normativos, mas na consideração de que as normas não são mais que esquemas de

conselhos e, que , portanto, afirmar que uma conduta não é lícita, porque não está de acordo com a norma, significa dizer que se essa conduta fosse mantida seguiria, provavelmente, outro padrão considerado normalmente desagradável.

A respeito de Hart³⁵ organiza os argumentos seguintes: a) a norma não atua como esquema preditivo (de conselhos) quando se trata de órgãos superiores, como órgãos legislativos, cujo comportamento está predeterminado pela Constituição; b) a norma atua apenas como esquema classificativo em relação aquelas regras que o juiz aplica para impor uma sanção; c) a previsão só é possível baseada no pressuposto de um sistema normativo que funciona; d) a previsibilidade do comportamento do juiz é tanto maior, quanto mais regulado está o comportamento, ou seja, quanto mais está classificado por normas do sistema; e) a previsão de que em algumas ocasiões especiais um delito ficará impune, não elimina a obrigação que o agente teria de não cometê-lo; f) sem recorrer à norma como esquema de classificação e empregando-a só como esquema de predição (conselhos) não é possível criar nenhuma diferença entre o mandato do legislador e do bandido. Estes argumentos poderão ser agrupados de outra maneira: 1) alguns se inclinam a mostrar a insuficiência do esquema preditivo (a, b, e, f); 2) e outros (c, d) tendem

³⁴ BOBBIO, N. Op. Cit Pag 212



a mostrar que inclusive ali onde é suficiente, seu resultado dependendo de se haver aplicado, ainda que tacitamente, uma norma ou um grupo de normas como esquema classificativo³⁶.

Conforme Kelsen, as proposições sobre normas não são normas e, portanto, são afirmações, mas são afirmações de natureza especial e não se pode dizer, assim, *sic et simpliciter*, sem especificações posteriores, que sejam afirmações como as das ciências sociais.

Em relação ao *sollen* Kelseniano, gerou-se uma certa discussão. Uma primeira possibilidade de confusão, diz Bobbio, nasce do fato de que em alemão *sollen*, tal como o verbo dever em italiano, pode ser entendido, também, com o significado de “ser provável”, isto é, com um significado que permite seu uso em proposições descritivas. Poderia parecer, pois, que ao mencionar o “Sollen descritivo”, Kelsen tenha desejado entender o verbo “Sollen”, quando não se encontra, ainda, numa norma, mas em proposição sobre uma norma, mudando assim de significado, isto é, passa do significado (predominante) de “ser obrigatório” para o de “ser provável”. Mas Kelsen não pensou assim; ele não apresenta nenhuma base para se pensar que o *sollen* das proposições da ciência jurídica tenha um significado diferente do “Sollen” das normas de um ornamento jurídico. Ao contrário, disse

³⁵ HART, Herbert in “Il Concetto di Diritto”, Torino, Einaudi, 1965

expressamente: tanto nas normas como nas proposições sobre normas, o *sollen* está indicando o nexo da imputação diferente do nexo da causalidade, o nexo da imputação que quer dizer necessidade jurídica. Deste modo, apegando-se estritamente à teoria da Kelsen, o que muda na passagem de uma norma para uma proposição sobre norma não é o significado do *sollen*, mas o contexto em que o *sollen* é empregado, o que torna evidente que *sollen* prescritivo diferente do *sollen* descritivo, mas que dá a possibilidade de que o *sollen* passe a fazer parte tanto de uma prescrição como de uma afirmação. Considerada isoladamente, pois, uma expressão raramente pode ser tomada como prescritiva ou como descritiva: se faz prescritiva ou descritiva, ressalta Bobbio³⁷, conforme uso que se lhe dá – em última instância, de acordo com o contexto em que está inserida – e segundo a força que este contexto assume em determinada situação.

Na afirmação de que a ciência jurídica é uma ciência descritiva estão embutidas duas teses distintas que merecem ser diferenciadas, ainda que possam estar conectadas: a) a ciência jurídica para ser ciência, não deve possuir juízos de valor (é o ideal de “Wertfreiheit”); b) a ciência jurídica, enquanto ciência, não é fonte de direito (é o ideal da forte distinção entre momento imperativo e o momento

³⁶ BOBBIO, N. Op. Cit. Pag 214

reflexivo da experiência jurídica). Do ponto de vista de uma metajurisprudência descritiva, as duas teses são refutáveis.

Primeiramente o jurista se encontra no início da investigação, de modo semelhante ao historiador, frente ao problema dos fatos relevantes. No caso do jurista, nem todos os fatos nem todas as normas são relevantes, nem todas prestam para o fim que se pretendem atingir; a discriminação dos fatos irrelevantes está influenciada, precisamente, pelo fim, no que se revela a tomada de posição do investigador. Em segundo lugar nem todos os documentos, nem todas as normas disponíveis são utilizadas, porque algumas são incompatíveis e se excluem entre si: é o problema muito conhecido, também, para o historiador dos documentos contraditórios. Ainda quanto tenham sido preparados e convalidados por um grande uso de regras complexas para a solução das antinomias, qualquer jurista sabe que: a) algumas destas regras, como a *lex specialis derogat generali* não eximem o intérprete de uma valoração prejudicial; b) existem casos em que nenhuma destas regras transmitidas é aplicável; c) existem casos em que é aplicável mais de uma destas regras e, a eleição da aplicável não está regulada. Em terceiro lugar, o jurista, tal como o historiador, também pode encontrar-se ante a situação oposta, a da falta de documentos relevantes. Em quarto

³⁷ BOBBIO, N. Op. Cit. Pag 215 a 216

lugar, os fatos de que se ocupa o jurista, mais uma vez como o historiador, são as ações humanas que, são fatos intencionais. Finalmente, os sinais que o jurista tem a ver são, assim como para o filólogo ou historiador, sinais lingüísticos, ainda quando a linguagem jurídica seja em parte uma linguagem técnica e, como tal, mais rigorosa que a linguagem comum, devendo ser constantemente interpretada e harmonizada e, em definitivo, redefenida para amoldá-la à mudança de ideologias e de situações³⁸.

Deste modo, se por ciência descritiva entende-se uma investigação que é precedida e conclui com afirmações, ou seja, com proposição verificáveis, o breve relato das diversas ocasiões em que o jurista é chamado a intervir com juízos de valor deveria ser suficiente para fazer receber com desconfiança a definição da Ciência Jurídica como ciência descritiva, ou, pelo menos, para considerá-la como uma definição persuasiva.

Bobbio entende que a tese da Ciência Jurídica como ciência descritiva nasce em determinado contexto histórico, em que para salvaguardar a autoridade de uma fonte privilegiada do direito, se tende a separar, radicalmente, o momento da reflexão sobre o “ius conditum”, que explica, mas não modifica o sistema, das propostas de

³⁸ BOBBIO, N. Op. Cit. Pag 217 a 218

“*ius condendum*”, que tendem a modificar o sistema. Para representar o modo de desenvolvimento de um ordenamento jurídico, não parece adequada a imagem de um sistema estático (o *ius conditum*) ao que se contrapõe, mas, apenas, idealmente outro sistema estático (o *ius condendum*): parece, para Bobbio, mais aconselhável a imagem de um sistema dinâmico que se desenvolve através de um processo de auto-regulação que não consegue controlar todas as forças que contribuem para mantê-lo vivo. A jurisprudência, com maior ou menor êxito, conforme o lugar e o tempo, é uma destas forças.³⁹

No que diz respeito ao juízo sobre a função de uma linguagem dada, não pode esta ser separada do contexto em que se recebe a mensagem e, portanto, das condições em que a usa: o juízo sobre a função é um juízo sobre os efeitos, afirma Bobbio. Como critério de distinção e partindo do ponto de vista funcional, a diferença entre descritivo e prescritivo requer a consideração do destinatário para ser aplicada com sucesso (ao passo que a distinção do ponto de vista estrutural ou semântico não é preciso). Resulta de tudo isso, que o problema da ciência jurídica ser descritiva ou prescritiva, se resolve no problema da função social da jurisprudência.⁴⁰⁴¹

³⁹ BOBBIO < N > Op. Cit > Pag 219

⁴⁰ BOBBIO, N. Op. Cit. Pag 220

⁴¹ Ao propor o problema da distinção entre a função da ciência jurídica e a função da autoridade jurídica, Kelsen reduz o problema de ser a jurisprudência prescritiva, a este outro: ser a jurisprudência imperativa. E está claro, que para Bobbio, que o problema proposto desta forma, não permite outro tipo de resposta que a negativa.

Do ponto de vista funcionalista – que é o único que admite a distinção entre discurso descritivo e discurso prescritivo – se entende por discurso prescritivo, o que tem por função modificar o comportamento alheio. Pois bem, esta função, adianta Bobbio, pode ser realizada com distintos graus de intensidade dos quais o imperativo é o mais forte e, o conselho é o mais fraco. Se restou óbvio, como foi dito acima, que em nossos ordenamentos a Ciência Jurídica não é imperativa (no sentido estrito da palavra), fica igualmente claro que sua função não é apenas registrar as normas vigentes, exercitando em maior ou menor medida uma “pressão social”. Ademais, para que uma ciência que não impõe, mas que sugere regras, seja ciência normativa, é uma pura questão de palavras: o que interessa é conseguir determinar, em distintos períodos da história e em âmbitos de distintos ordenamentos, se a Jurisprudência tem autoridade, e em que grau e medida⁴².

Para Bobbio não restam dúvidas sobre o fato da metajurisprudência não poder renunciar a sua função prescritiva. Quem reflete criticamente sobre a tarefa do jurista na sociedade não pode prescindir de tomar posição, de dar juízos de valor. Em síntese, Bobbio admite dois resultados da fase atual da metajurisprudência descritiva: a) a jurisprudência, inclusive nos sistemas mais fechados,

intervém com juízos de valor; b) a jurisprudência, até nos sistemas mais autoritários, exerce influência sobre o desenvolvimento do direito vigente. No âmbito da primeira afirmação abre-se espaço para uma jurisprudência inovadora, segundo se façam os juízos de valor recorrendo a princípios extra-sistêmicos ou sistêmicos. No âmbito da segunda assertativa cria-se lugar para uma jurisprudência mais ou menos progressista, segundo se exerça influência do jurista sobre o juiz e sobre o legislador na direção da adequação do sistema jurídico ao desenvolvimento social.

1.7 Direito e as Ciências Sociais.

Conforme João Batista Machado⁴³ o ponto fulcral para relacionar o direito com as demais ciências sociais tem sido a distinção do ser e do dever ser. A jurisprudência seria uma ciência normativa e, a ciência social uma ciência descritiva.

Contrariamente à Jurisprudência, que usa métodos normativos, a Sociologia usaria métodos empíricos. A Sociologia busca informações e teorias que sejam empiricamente verdadeiras. Investiga, separadamente, as causas estruturais e conjunturais que estão na origem dos fenômenos humanos. A Sociologia do Direito toma por objetivo as normas jurídicas para descobrir os mecanismos

⁴² BOBBIO, N. Op. Cit. Pag 221

estruturais e conjunturais que levaram à emissão destas normas e os efeitos e repercussões que tais normas têm sobre a sociedade, donde poderia se concluir, diz Machado, que à sociologia interessava somente o aspecto descritivo e, não o prescritivo. Conseqüentemente, a oposição entre ser e dever-ser permitiria distinguir entre Sociologia e Jurisprudência, no entanto, depois de feita uma análise maior, Machado termina por dizer que tal oposição não serve para delimitar a esfera das duas formas de conhecimento, e que existe, entre as formas de discorrer hegemônicas pelo descritivo (ser) e pelo prescritivo (dever-ser), um vasto campo de interseção.

Desta maneira pode-se constatar também os sociólogos argumentam normativamente, a) quando procuram fundamentar como político e socialmente relevantes os seus projetos de investigação (na escolha dos temas de pesquisa); b) quando enfrentam problemas sistemáticos e de análise funcional da estabilidade de um sistema social; c) quando pretendem fazer aplicação dos resultados da sua investigação teórica e empírica. Além disso toda teoria tem algum caráter “preceptivo”, na medida em que só com base nela se descobrem os fatos empíricos relevantes da mesma teoria, com base na qual foi possível descobri-los como

⁵ Cf. MACHADO, João Batista, in Introdução ao direito e ao discurso legitimador – Coimbra.

relevantes que, em seguida, vão servir para o fundamento da mesma teoria, com base na qual foi possível descobri-los como relevantes.

A Jurisprudência, por sua vez, não discorre apenas normativamente, entende Machado, antes se refere de contínuo a fatos empíricos. Na fase de preparação dos projetos legislativos hão de ser indagados os condicionamentos econômicos e sociais da matéria a regular, assim como as conseqüências possíveis de regulamentação jurídica a estabelecer. A tarefa legislativa é em parte uma tarefa de ciência social.

No domínio da decisão jurídica, que é uma decisão não estritamente vinculada, inserem-se no discurso do jurista amplas considerações sobre a realidade social, sendo aí ponderados os diversos fatores econômicos, psíquicos, culturais etc., a levar em consideração. Também na aplicação da norma aos casos concretos sempre existe um momento em que é preciso proceder à averiguação dos fatos em causa; e nesta fase, portanto, o jurista tem de discorrer e argumentar, também, em termos de descrição empírica.

Assevera Machado, portanto que poderia dizer-se que ambas as disciplinas, a sociologia e a jurisprudência, se ocupam do mesmo problema: do problema da estrutura e da conformação do convívio

humano, mas por diferentes pontos de vista. O que não quer dizer que algumas vezes estes pontos de vistas diferentes não possam ser integrados. O discurso jurídico se articula dentro da lógica da “subjetividade”. E é obvio, para Machado, que esta lógica corresponde a uma certa concepção antropológica e a um processo específico de conhecimento da realidade social.

A Ciência Política e a Sociologia, diferentemente, não estão vinculadas à lógica da subjetividade: centram sua atenção numa estrutura da realidade social de certo modo “objetiva” ou consistente em uma ordem normativa da ação transcendente às atividades individuais. Se um problema de natureza política ou situado nas fronteiras do jurídico e do político é jurisdicionalizado, vai caber ao órgão jurisdicional delimitar a fronteira interna do discurso jurídico.

As análises e conhecimentos das ciências sociais podem contribuir para o direito, de três maneiras, afirma Machado: a) informando racionalmente o processo legislativo; b) informando a concretização do direito; c) exercendo uma função esclarecedora e crítica, capaz de prevenir a adesão irrefletida a preconceitos e visões ideológicas.

No momento de legislar, o legislador necessita conhecer o meio social em que a lei vai atuar, prever em que medida uma certa norma irá ser aceita e observada, prever, enfim, se ela vai surtir os efeitos desejados e se produzirá ou não efeitos laterais indesejados.

A sociologia, enquanto sociologia do direito, dirige sua “inspeção” ao direito, às normas e aos fatos jurídicos produzindo enunciados sobre eles. Tal inspeção sociológica vai ordenada apenas ao conhecimento dos fatos e das conexões “de fato” entre eles, ao passo que a inspeção jurídica, quer dos fatos, quer das normas, vai essencialmente dirigida a uma atividade de decisão. Pode-se dizer, daí que a Jurisprudência e o seu discurso tem um caráter “preceptivo”, na medida em que visam inserir a normatividade na facticidade contingente⁴⁴.

O direito aparece neste momento em crise, primeiro por se tratar não só de colocar em dúvida a sua capacidade de influir na mudança social, mas, também de colocar em relevo seus limites no que é sua função específica, isto é, como instrumento de controle social⁴⁵.

⁴⁴ A respeito comenta Bobbio, que “nunca, como hoje, a ciência jurídica tem sentido tanta necessidade de estabelecer novos e mais contactos com as ciências sociais”. E quando isto acontece é sinal de que a sociedade está atravessando um período de grande transição.

Nas sociedades industriais avançadas se podem vislumbrar tendências que caminham no sentido de uma redução da função específica do direito com o instrumento de controle social e do uso de meios coercitivos e de função repressiva. Quando se aumenta a dimensão e o uso dos meios de comunicação de massa, aumenta, igualmente na sociedade contemporânea um controle social, de tipo distinto do representado tradicionalmente pelo direito, um controle persuasivo, cuja eficácia, em última instância, não reside na força física, mas no condicionamento psicológico⁴⁶. Outro fenômeno de vastas proporções se encontra em formação, destinado, na visão de Bobbio, a reduzir o espaço do controle jurídico, pelo menos da maneira que tem sido exercitado, geralmente, até agora: fenômeno, por ele denominado de “controle antecipado”. Trata-se da intervenção que supõe a figura do “remédio”, assumindo a feição englobando de previsão, de modo sucinto, a repressão e a prevenção. Quando Bobbio fala da passagem da repressão para a prevenção se refere a um fenômeno complexo e relevante: a tendência a utilizar os conhecimentos cada vez mais adequados que as ciências sociais podem fornecer (ao direito) sobre as motivações do comportamento desviante e sobre as condições que os possibilitam, não com a finalidade de desfazer o comportamento indesejado quando for

⁴⁶ O direito é necessário nas sociedades onde os homens não são nem todos livres, nem todos conformistas, ou seja, numa sociedade onde os homens precisam de das normas (e portanto não são livres) e nem sempre chegam a observá-las (e portanto não são

realizado, mas com o objetivo de impedir que ocorra. É preferível modificar as condições sociais que influenciam as causas que determinam o comportamento desviante, do que preparar um enorme aparato para individualizar primeiro, julgar depois e castigar por último.⁴⁷

Não existe uma única ciência jurídica (expressão entendida, aqui, como a atividade do jurista), mas tantas ciências jurídicas quantas “imagens” que o jurista faz de si mesmo e de sua função social na sociedade. Neste sentido o jurista não difere tanto sociólogo: também a sociologia pode-se dizer que muda de acordo com a imagem que o sociólogo tem sua função na sociedade.

No que diz respeito à Ciência Jurídica, parece para Bobbio que podem ser feitas duas imagens típicas-ideais da função do jurista, que influem de modo diferente na concepção da Ciência Jurídica mesma: o jurista como conservador e transmissor de um corpo de regras dadas anteriormente, das quais é depositário e guardião; e o jurista como criador de regras que transformam, inovando e integrando o sistema dado, do qual já não é apenas receptor, mas, também, colaborador ativo e, quando necessário, crítico. A principal

conformistas). Uma sociedade onde não existe direito, não é apenas a sociedade livre preconizada por Marx, mas também conformista, imaginada por Orwel;

⁴⁷ BOBIO, N. Op. Cit. Pp 226 e 227

atividade por meio da qual se realiza a primeira função é a interpretação do direito; e a segunda função atua, na sua atividade principal, na busca do direito⁴⁸.

Estas duas funções do jurista na sociedade podem depender: a) do distinto tipo de sistema jurídico no qual o jurista se acha atuando (variável institucional); b) da distinta situação na qual o jurista desenvolve seu trabalho (variável social); c) da distinta concepção do direito e da relação direito- sociedade, que constitui a ideologia do jurista em um determinado momento histórico (variável cultural).

Em relação à variável institucional (a) considera-se a diferença entre sistema fechado e sistema aberto: sistema fechado é aquele em que o direito está solidificado em um corpo sistemático de regras que pretendem a plenitude e, as fontes formais do direito estão rigidamente predeterminadas e entre elas não se encontra compreendido o trabalho do jurista; sistema aberto é aquele em que a grande maioria das regras estão ou vêm consideradas em “estado fluido” e, em constante transformação, não se fixa uma linha de delimitação, marcante, entre fontes materiais e fontes formais e, é atribuição ao jurista a função de colaborar com o legislador e com o juiz no trabalho de criação do novo direito.

⁴⁸ BOBIO, N. Op. Cit pag 228

Em relação à variável social (b), por “distinta situação social”, se pretende referir à distinção entre a sociedade estável e uma sociedade em transformação, entre uma sociedade que se inclina a eternizar os próprios modelos culturais e, uma sociedade em que irrompem fatores de mudança que tornam rapidamente desapropriados os modelos culturais tradicionais, entre os quais o conjunto das regras jurídicas transmitidas.

Em relação à variável cultural (c), a nossa atenção se volta para a concepção do direito como sistema autônomo, de forma que a tarefa do jurista se desenvolve totalmente no interior daquele; e a concepção do direito como subsistema de uma sistema global, ou seja, (conforme a visão marxista da relação direito-sociedade) como superestrutura de uma estrutura social, de maneira que corresponde ao jurista a função de adequar o direito vigente à realidade social circundante e subjacente.

Hipoteticamente, no caso limite de um direito em um sistema fechado, em uma sociedade estável e com uma ideologia da autosuficiência do direito em relação a essa sociedade, a jurisprudência seria vinculada, conservadora e formalista. Em um caso limite antagônico, de um direito em um sistema aberto, em uma sociedade em transformação e com uma ideologia do direito como

reflexo da sociedade, desenvolver-se-ia o modelo oposto de uma ciência do direito livre inovadora e realista.

De acordo com a primeira hipótese, o objetivo da ciência jurídica é o conjunto das regras postas e transmitidas, que em certo momento histórico são aplicadas pelo juiz; entendidas essas regras como proposições cujo significado é estabelecido com a maior precisão. A tarefa do juiz, nessa situação, conforme se vê, não é a de criar regras novas, mas a de apontar quais são as regras existentes e interpretá-las. Por interpretação se pretende denotar, sempre, uma atividade de mero reconhecimento das regras e, não uma atividade criativa ou crítica. Faz parte da atividade de reconhecimento do sistema dado as quatro atividades seguintes: a) determinação do significado das regras (interpretação do sentido estrito); b) conciliação das regras aparentemente incompatíveis; c) integração das lacunas (técnicas) d) elaboração sistemática do conteúdo das regras assim interpretada, conciliadas e integradas.

A Segunda hipótese, entende o direito não como um sistema de regras já postas e transmitidas, mas como um conjunto de regras em movimento; o objetivo da ciência jurídica deve ser não tanto as regras, isto é, as valorações dos fatos sociais em que consistem as regras; mas os mesmos fatos sociais dos quais as regras jurídicas são

valorações. Entende-se por “fatos sociais”, no sentido geral: os fatos de relação interindividual ou relações sociais (especialmente as econômicas) que constituem a matéria das regras jurídicas: os interesses de indivíduos ou grupos opostos, aos quais a regra jurídica tem a função de dar uma valoração com o objetivo de resolver os prováveis conflitos; os fatos culturais, como os valores sociais dominantes ou dos grupos dominantes, as opiniões morais difundidas (“moral positiva ou social”) e os princípios de justiça e, mais, geralmente, as ideologias políticas das quais as regras jurídicas são expressão, enquanto contêm uma determinada valoração dos “interesses em jogo”. Nesta perspectiva, como já falou Bobbio, a atividade principal do jurista não é a interpretação de um direito já feito, mas a “busca de um direito por fazer”, ou seja, não é tanto a convalidação com fundamento em uma análise das fontes formais, do que o direito é, mas dantes como a legitimação, com fundamento nos princípios materiais de justiça, do direito que deve ser. Desta busca do direito as operações sucessivas são: a) análise da situação de que se pretende extrair a regra ou as regras apropriadas, através das técnicas de estudo elaboradas e praticadas pelas ciências sociais; b) a análise e o embate dos distintos critérios de valoração, na base dos quais a situação pode ser regulada (entre esses critérios de valoração estão, também as regras postas ou transmitidas); c) a eleição da valoração e a formulação da regra.

Das duas imagens da função do jurista, acima analisadas, no mundo dos países capitalistas e de regime democrático liberal, a dominante é a segunda, ou seja, o jurista desempenhando seu trabalho em um sistema aberto, em uma sociedade em transformação. Isto se choca diretamente com os dogmas do positivismo jurídico, principalmente aquele que diz que a lei é a fonte principal de direito no Estado moderno. Um dos aspectos pelo qual se manifesta a crise do positivismo jurídico é, portanto, o surgimento de outras fontes de direito que abalam o monopólio da produção jurídica detido pela lei, em uma sociedade em rápida transformação e fortemente conflitiva, como é a atual sociedade capitalista, em fase de desenvolvimento. As esferas em que o fenômeno da produção jurídica extra-legislativa se manifesta com maior evidência são, exatamente, as que caracterizam a sociedade industrial: o direito da empresa, o direito do trabalho e o direito sindical.

De acordo com a função normativa do trabalho do jurista transmitida pela escola positivista, este não deveria, jamais, ir além do “ius conditum”, no entanto, em vista de uma ausência prolongada do legislador em certas matérias como o direito sindical, os juristas não só têm ousado enfrentar o “ius condendum”, mas têm sido os “conditores” do novo “ius”. A tendência em uma sociedade industrial do tipo contratualista é não existir lugar para o contrato que

disciplina ação de um número extremamente restrito de interesses particulares sendo o convênio coletivo transformado para uma grande maioria de pessoas, numa fonte de regras mais importante que a maior parte das leis e regras emanadas dos órgãos legislativos⁴⁹. O jurista tem assim se revelado cada vez mais sensível ao fenômeno da “praxis” onde quer que esta se manifeste – seja no mundo empresarial, seja no sindical, no judicial, ou no administrativo – isto é, a todos aqueles comportamentos efetivos e reiterados, juntamente com as normas formais que integram o “tecido” coesivo de uma instituição.

Bobbio aponta, em relação as repercussões da mudança social sobre a mudança jurídica, três linhas demarcatórias importantes. Em relação a primeira, referindo-se a F.A. Hayek, nos diz que este tem chamado atenção ao caracterizar a passagem do Estado Liberal clássico para o Estado Social, para a sua distinção entre as normas de conduta e as normas de organização, afirmando que esta passagem, partindo do ponto de vista estrutural, tem consistido no progressivo crescimento das normas de organização em detrimento das normas de conduta. Esta tese, acrescenta Bobbio, pode ser nada

⁴⁹ E o costume, é bom que não se olvide, embora, hoje, seja olhado com uma distancia cada vez maior, não se trata daquele costume dos manuais, tradicionais, de direito; mas de toda forma de produção espontânea, ou seja, não posta imperativamente, de regras que o uso e o consenso dos usuários, quase sempre tácito, tornam mais eficazes que muitas leis formais, nascidas “mortas”.

mais que uma nova formulação da conhecida tese da publicização do direito.⁵⁰

Este fenômeno refere-se ao constante crescimento das funções do Estado em relação ao estado “neutro” do século passado; o fenômeno do aumento das normas de organização refere-se à formação de grandes organizações, tanto no recinto do Estado como na Sociedade Civil, ou seja, às grandes concentrações de poder na sociedade moderna, das quais o Estado (no sentido específico da palavra) não é mais que uma manifestação. A diferença entre as normas de conduta e normas de organização marca uma diferença entre duas distintas funções do direito: a de tornar possível a convivência de indivíduos, ou grupos, que perseguem, cada um, fins particulares e, a de tornar possível a cooperação de indivíduos, ou grupos, que perseguem um fim comum.

Uma segunda linha, ainda no rastro da passagem do Estado Liberal clássico para o Estado intervencionista, refere-se à passagem de um controle social baseado, fundamentalmente, em normas previstas de sanção, para um controle social confiado muito mais a normas técnicas, cuja força deriva da ligação meio-fim, isto é, do fato de que fazer ou não fazer certas ações permite alcançar o fim desejado

⁵⁰ BOBBIO, N. Op. Cit. pag 232

ou imposto. É possível estabelecer duas classes para estas normas técnicas: segundo a norma preveja um meio determinado necessário para alcançar um fim (normas instrumentais), ou indique o fim a ser alcançado com o meio mais oportuno (normas finais ou diretivas). A utilização cada vez mais evidente das normas meramente técnicas está intimamente ligada à programação e à planificação econômica e, por isto, a individualização desta linha de tendência é melhor que a anterior para apreender o caráter dominante do Estado contemporâneo. A importância da utilização dessas normas técnicas pode ser ilustrada pela idéia de que elas poderiam se desenvolver a tal ponto, que acoberta por promover a marginalização das normas penais, não sendo mais possível falar-se do direito como instrumento de controle social; aí, nesse momento, seria apropriado falar de direção social.

A Passagem do Estado liberal clássico para o Estado social é assinalada pela passagem de um direito com função predominante protetora-repressiva, para um direito cada vez mais, promocional: é óbvio que o Estado assume uma distinta configuração, conforme estabeleça objetivos que podem ser conseguidos, ou desanimando os comportamentos não desejados (no que se verifica a repressão); ou estimulando os comportamentos desejados (no que se verifica a promoção). Para o sucesso dos objetivos ansiados pelo Estado

Assistencial é necessário um contínuo trabalho de estimulação de comportamentos considerados vantajosos. A diferença entre repressão e promoção implica, também, uma distinção das técnicas sancionatórias, ou seja, da técnica da sanção negativa, no primeiro caso (“se fazes ou não fazes X, te acontecerá algo desagradável) e da sanção positiva, no segundo caso (“se fazes, ou não fazes X, te acontecerá algo agradável”).⁵¹

Em relação ao direito como sistema autônomo da sociedade é fundamental a percepção e o entendimento da crise que atravessam hoje as teses fundamentais do positivismo, segundo as quais o direito positivo, é o único direito perante o qual o jurista deve prestar contas, sendo um sistema unitário, coerente de normas, onde é possível (e até mesmo obrigatório) encontrar a solução de toda e qualquer controvérsia (tese da autosuficiência do sistema normativo); e de outro lado, encontram-se as teorias realistas que centram sua

⁵¹ Importante acrescentar que Emile Durkheim na sua obra “Da Divisão do Trabalho Social”, também chegou a uma consideração semelhante. Durkheim nos fala da passagem, do que chamou, da solidariedade mecânica, primeiro tipo de solidariedade historicamente considerada, para a solidariedade orgânica, a solidariedade do mundo moderno. No encaixe desta distinção ele caracterizou o direito como repressivo, que pune as faltas ou os crimes, e como repressivo e cooperativo, cuja essência não é a punição das violações das regras sociais, mas repor as coisas em ordem quando uma falta foi cometida, e organizar a cooperação entre os indivíduos. O direito repressivo revela a consciência coletiva nas sociedades de solidariedade mecânica. Quanto mais ampla a consciência coletiva, maior será o número de atos considerados com crimes. Aqui, crime é, simplesmente, um ato proibido pela consciência coletiva. O direito repressivo cooperativo não se preocupa em punir, mas em restabelecer o estado das coisas como deve ser segundo a justiça. Pertencem ao gênero de direito repressivo e cooperativo: O direito comercial, o direito administrativo, o direito constitucional: constituem menos a expressão dos sentimentos comuns de uma coletividade do que a organização da coexistência regular e ordenada de indivíduos já diferenciados.

atenção no aspecto da efetividade do poder do que na validade formal das normas jurídicas e, colocam que relevo mais do que a autosuficiência do sistema jurídico as inter-relações entre sistema jurídico e sistema econômico, entre sistema jurídico e sistema político, entre sistema jurídico e sistema social em seu conjunto. A presente situação é caracterizada, exatamente, por condições favoráveis para a criação de uma ciência do direito anti-tradicional, que em última instância busque seu próprio objeto na análise das relações e valores sociais de onde se extraem as regras do sistema; e que longe de considerar-se, como por muito tempo se considerou, como uma ciência autônoma pura, busque cada vez mais a aliança com as ciências sociais, até considerar-se como um ramo da ciência geral da sociedade.

Entende Bobbio que, atualmente, a situação em relação a identidade do direito com a sociologia se dá assim: cada um dos ramos tradicionais do direito vêm descobrindo uma disciplina do comportamento humano que o segue de modo constante, se não vejamos: a) no direito constitucional, a ciência política (ou a sociologia política); b) no direito administrativo, a ciência da administração e, ainda mais, em geral a sociologia da organização; c) no direito penal, a sociologia do comportamento desviante, a antropologia criminal; d) no direito da empresa e no direito do trabalho, além das distintas

disciplinas econômicas, a sociologia industrial do trabalho; e) no direito internacional, esse conjunto de estudos hoje denominado de “relações internacionais”⁵².

Na atual tendência sociologizante, o que precisa ser reforçado, adianta Bobbio, é a diferença entre o trabalho do jurista e o do cientista social. Apesar da colaboração, por maior que seja, que o jurista pode e deve receber do sociólogo, jurista e sociólogo têm dois ofícios distintos. Não há que se confundir os instrumentos de que um e outro podem dispor, com o modo em que estes mesmos instrumentos são empregados. Nesta distinção tanto se pode valer de Kelsen, que marcou a diferença, afirmando a Ciência Jurídica como ciência normativa e, a Sociologia como ciência explicativa, como ficar atento para a distinção de Hart, entre o ponto de vista interno, que é próprio do jurista e, o ponto de vista externo, que é o do sociólogo.

O problema em comum entre sociólogo e jurista é o da relação entre regra e comportamento. O sociólogo utiliza as regras de comportamento que encontra em seu caminho para explicar o motivo de alguns indivíduos se comportarem de certo modo, ou seja, usa as regras como uma das variáveis do procedimento explicativo e, eventualmente, preditivo para o qual se inclina; o jurista usa as

⁵² BOBIO, N. Op. Cit. Pag 235

mesmas regras para classificar os comportamentos como lícitos ou ilícitos, isto é, para estabelecer porque devemos proceder de certo modo e, não de outro. Sociólogo e Jurista trilham uma estrada diferente no que se refere à relação entre regra e comportamento: o sociólogo parte geralmente do comportamento para chegar à regra que, eventualmente, o possa explicar; o jurista parte de regra para chegar ao comportamento, que é a realização desta regra. Para servir-se de uma regra como critério de explicação e de previsão é suficiente para o sociólogo, que ela seja eficaz; para utilizar-se de uma regra com o objetivo de classificar um comportamento, e portanto com fim prescritivo para o jurista é necessário que seja, além de eficaz, também, válida. O comportamento previsto por uma regra é levado em consideração pelo sociólogo para observar o efeito da regra sobre o comportamento; pelo jurista para julgá-lo. Para o sociólogo uma regra em relação ao comportamento é, relevante ou irrelevante; para o jurista um comportamento em relação a regra é lícito ou ilícito.

A finalidade do sociólogo é descrever como são as coisas; a do jurista é descrever como devem ser; é distinto o tipo de operações intelectuais que um e outro realizam sobre a mesma realidade e que, portanto, os caracterizam. Para o jurista a interpretação prevalece sobre a observação; para o sociólogo, contrariamente prevalece a observação dos comportamentos sobre a interpretação das regras.

A tarefa do jurista tem sido sempre o “tratar de regras”, ou no sentido mais abrangente, a identificação, a interpretação, a manipulação, a conciliação, a ordenação sistemática, a dedução e inclusive a invenção das regras do sistema. A Ciência Jurídica tem absorvido ao longo dos séculos um enorme e valioso patrimônio de observações sobre os modos em que as regras de um sistema nascem, vivem e morrem e tem formulado uma enorme gama de conceitos técnicos para compreender o funcionamento de um sistema normativo (dentro dos limites de uma consideração do sistema jurídico como sistema normativo por excelência) e para definir e classificar os comportamentos normativos.

O Jurista, ensina Bobbio, tem que incitar o cientista social a olhar com maior atenção para regras dentro das quais se movimentam os membros de qualquer grupo social, para analisar o fenômeno normativo com esses instrumentos de precisão que o jurista pode lhes fornecer. Qualquer sistema social é formado, em parte, pelo menos no que se refere ao fenômeno da institucionalização das relações sociais, por um conjunto de sistemas normativos, dos quais o mais importante e, também, o mais estudado é, exatamente, o sistema jurídico. É impressionante constatar quantos conceitos bases da Teoria Geral da Sociedade como, status, expectativa, esfera de permissividade e de obrigatoriedade, sanção (positiva e negativa),

instituição, institucionalização etc., são também conceitos aplicáveis à Teoria Geral do Direito⁵³.

2. O PODER LEGISLATIVO E CONTROLE

DEMOCRÁTICO

2.1 Imunidades e Proteção do Mandato Legislativo.

É de praxe a associação entre imunidades e privilégios. As imunidades, na opinião popular, são consideradas privilégios parlamentares, como se constituíssem direitos públicos subjetivos⁵⁴. Todavia, numa acepção mais consentânea com o Estado Democrático de Direito, parece mais acertado caracterizar as imunidades parlamentares, do ponto de vista objetivo, como prerrogativas, cujo exercício não é para servir aos interesses particulares de seus detentores, mas sim “para que o Poder Legislativo, como um todo, e seus membros, individualmente, possam atuar com liberdade e independência”⁵⁵. Assim, “a Constituição outorga em favor dos congressistas algumas prerrogativas, entre as quais as chamadas imunidades parlamentares”. Desta feita, as prerrogativas são

⁵³ BOBBIO, N. Op. Cit. Pag 237 e 238

⁵⁴ João Barbalho insurge-se contra o instituto da imunidade, haja vista entender tratar-se de privilégio peculiar às monarquias.

⁵⁵ Cf. CACCURI, Antônio Edving. Imunidades Parlamentares, in: **Revista de Informação Legislativa**, a 19, no. 73, jan./mar. 1982, p.46 Neste sentido também é a opinião de Paulo Brossard: “As análises da concepção tradicional da instituição, seu fundamento e caracteres demonstram que surgiu como prerrogativa necessária à

diametralmente opostas aos privilégios parlamentares, haja vista ter como objetivo principal assegurar o regular desempenho das funções públicas que o mandato parlamentar exige⁵⁶. A bem dizer, é percuciente o entendimento do Prof. Carlos Ruiz del Castillo, em nota ao livro de Hauriou, (*Principios del Derecho Público y Constitucional*, 1927, p. 117):

“... no que concerne à imunidade parlamentar, é de notar-se que não se trata de nenhum privilégio, senão de uma prerrogativa. O privilégio é a exceção da lei comum, exceção deduzida da situação de superioridade das pessoas que a desfrutam e a título de um direito superior à lei; a prerrogativa é o conjunto de precauções que rodeiam a função e que servem para o exercício desta. O privilégio é subjetivo e anterior à lei; a prerrogativa é objetiva e derivada da lei: o privilégio tem uma essência pessoal; a prerrogativa vai anexa à qualidade do órgão. O privilégio é poder frente à lei; a prerrogativa é conduto para que a lei se cumpra e chegue a

independência do Poder Legislativo” (Cf. BROSSARD, Paulo: *Bibliografia sobre Imunidades Parlamentares*, in: *Boletim da Bibliografia da Câmara dos Deputados*, Brasília, jan./abril, 1969, vol17. No. 1, pp.217-218.

⁵⁶ Raul Machado Horta acentua a constante associação entre imunidades e privilégios, haja vista que “a aproximação não é de boa técnica, e ainda encerra a desvantagem de atrair a impugnação fundada em princípio nuclear da organização democrática e republicana, como é o da igualdade de todos perante a lei. Rui Barbosa já observou, a propósito do privilégio parlamentar, que é fácil ‘desmoralizar uma instituição, pregando-lhe o cartaz de privilégio’”. (HORTA, Raul Machado: *Imunidades Parlamentares*, in:

todos. Por isso, pertence o privilégio às aristocracias das ordens sociais, enquanto que a prerrogativa pertence à aristocracia das instituições governamentais, única aristocracia que admite as democracias, como adverte Hauriou⁵⁷.

Na mesma linha de raciocínio, Giocoli Naci Paolo assinalou com grande propriedade a não compatibilidade entre as imunidades e os privilégios parlamentares:

“É infatti, opinione largamente diffusa che la guarentingia costituzionale non é un privilegio concesso alle persone, ma una prerogativa connessa alla funzione esplicata persona stessa. In proposito si è anzi fatta una esatta distinzione tra il privilegio, che costituisce un trattamento di favore a vantaggio di una persona, a prescindere dalla funzione della quale essa possa essere investida, e la prerogativa che richiana il concetto di funzione, perchè destinata ad assicurare, nel caso in esame, l'indipendenza delle assemblee legislative, permettendo ai loro membri di esercitare le loro funzione senza ostacoli. E proprio

Revista da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 7 (Nova Fase), outubro de 1967, pp. 69-70).

⁵⁷ *Apud* BROSSARD, Paulo: Imunidade Parlamentar, *in*: **Revista de Informação Legislativa**, a 16, n. 63, jul./set., p. 27, 1979.

perchè l'inviolabilità non é un privilegio per il parlamentare, ma una garanzia per l'assemblea, la Costituzione há conferito a questa la facoltà di toglierla"⁵⁸.

Finalmente, resta patente a inviabilidade de qualquer tipo de confusão entre os termos prerrogativas parlamentares e privilégios parlamentares, tendo em vista que aquele "é o termo adequado, que afasta ou neutraliza críticas superficiais, além de permitir o abandono de sua natureza estamental. A doutrina italiana consolidou a expressão 'guarentigie parlamentari', sem qualquer complacência com o vocábulo incorreto"⁵⁹.

Estas garantias parlamentares específicas provocam derrogações do Direito Comum. É importante também lembrar que várias de suas denominações possuem suas origens institucionais no Direito Inglês, como é o caso do "freedom of speech" e do "freedom from arrest". Por outro lado, enquanto na França surgiram denominações como "irresponsabilité" e "inviolabilité", na Itália consagraram-se expressões como "insindicabilità" e

⁵⁸ Cf. PAOLO, Giocoli Naci: Prorogatio del Parlamento, mandato parlamentar e prerogative di parlamentari - in: "**Rassegna di Diritto Pubblico**" - julho - setembro de 1964, p. 739, Apud HORTA, Raul Machado: Imunidades Parlamentares, in: **Revista de Informação Legislativa**, nº. , a. 1967 , p. 46.

⁵⁹ Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira: Imunidades Parlamentares, in: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a 17, n. 68, out./dez., 1980, p. 34.

“immunità” e na Espanha foi preponderante o uso da nomenclatura “inviolabilidad” e “inmunidad”.

“Esta terminologia espanhola arranca sin duda de la francesa, lo que ha sido com frecuencia fuente de confusiones. La declaración de la Asamblea francesa de que sus miembros serían inviolables por sus votos y opiniones, recogida por los constituyentes del Doce, dará el nombre de inviolabilidad a lo que en Francia se llamará irresponsabilidad, mientras la inviolabilidad francesa recibirá en España el nombre de inmunidad.

No hay consagración legal de las denominaciones, pero sí una inequívoca aceptación por la práctica parlamentaria y por la doctrina. Pese a ello, no es infrecuente la confusión derivada de transcribir la terminologia francesa.

Fijada la terminologia, anticipemos un concepto de ambas garantías: la inviolabilidad es la prerrogativa de que gozan los representantes parlamentarios de no ser sometidos a procedimiento alguno por las opiniones y votos que emitan en el ejercicio de sus funciones. Y la inmunidad, objeto de este estudio, la prerrogativa por la que dichos representantes no

podrán ser privados de libertad ni sometidos a procedimientos que pueden culminar en dicha privación, sin el previo consentimiento de la Cámara a que pertenezcan”⁶⁰.

2.2 Espécies de Imunidades.

De acordo com a doutrina, as imunidades constituem termo genérico, o qual deve ser desmembrado em duas espécies de imunidades parlamentares. Uma delas consiste na imunidade material, também chamada de inviolabilidade ou de irresponsabilidade legal, enquanto a outra é a imunidade formal ou processual, também conhecida como imunidade relativa.

A imunidade material é aquela referente à proteção conferida às opiniões, palavras e votos dentro do exercício da atividade parlamentar, caracterizando-se por ser permanente e absoluta. Esta é permanente porque extrapola até mesmo os limites temporais do mandato parlamentar, produzindo seus efeitos independentemente da extinção do mandato. É absoluta porque nem o Parlamento pode dela dispor. Desse modo, corroborando com as características mencionadas, Antônio Edving Caccuri afirma que:

⁶⁰ Cf. CAMPOAMOR, Alfonso Fernández - Miranda: La Inmunidad Parlamentaria en la Actualidad, in: **Revista de Estudios Políticos**, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, n. 215, set./out., 1977, p. 208.

“a imunidade material é dotada de eficácia temporal permanente ou absoluta, de caráter perpétuo, : uma vez que ela pressupõe a inexistência de infração penal, o congressista jamais – mesmo depois de extinto o seu mandato – será investigado, incriminado ou responsabilizado por algo que não chegou a acontecer ou existir. A imunidade material não pode ser suspensa, ao contrário das imunidades processuais (...) pois a Constituição não abre exceção à eficácia temporal permanente daquela prerrogativa”⁶¹.

Raul Machado Horta, com base na doutrina francesa, assim se pronunciou a respeito do instituto da inviolabilidade:

“A inviolabilidade obsta a propositura de ação civil ou penal contra o parlamentar, por motivo de opinião ou votos proferidos no exercício de suas funções. Ela protege, igualmente, os relatórios e os trabalhos nas Comissões. É absoluta, permanente, de ordem pública. A inviolabilidade é total. As palavras e opiniões sustentadas no exercício do mandato ficam excluídas de ação repressiva ou condenatória, mesmo depois de extinto o mandato. É

⁶¹ Cf. CACCURI, Antônio Edving. Imunidades Parlamentares, *in*: **Revista de Informação**

a *insindacabilità* das opiniões e dos votos, no exercício do mandato, que imuniza o parlamentar em face de qualquer responsabilidade: penal, civil ou administrativa, e que perdura após o término do próprio mandato”⁶².

No tocante à imunidade formal, esta é o instituto que assegura ao parlamentar a impossibilidade de ser ou permanecer preso ou ser processado sem autorização de sua respectiva Casa Legislativa por atos praticados fora do exercício do mandato ou durante este. Como traços peculiares, a imunidade processual, denominada também de improcessabilidade, é relativa e temporária. Temporária porque se extingue com o término do mandato e relativa porque o Parlamento tem a faculdade de dispor sobre a concessão da licença para a instauração do processo ou para a manutenção ou não da prisão, de acordo com o caso em tablado.

A doutrina, com relação ao exame da procedência ou não da licença para processar o parlamentar, ainda claudica, entendendo uma corrente que o exame deve se pautar apenas nos aspectos políticos do processo, se não se trata de trama urdida contra o

Legislativa, a 19, nº. 73, jan./mar. 1982, p. 56.

⁶² Cf. HORTA, Raul Machado: **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 597.



parlamentar a fim de atemorizá-lo ou afastá-lo do Parlamento, enquanto a outra perquire, além dos aspectos políticos, os aspectos jurídicos da denúncia apresentada⁶³. No que concerne à primeira tese, pontifica Maximiliano que:

“Examinando o processo que lhe é enviado, a Câmara não invade atribuições do Judiciário, não declara inocente ou culpado o representante. Verifica os fundamentos da ação pública ou privada, a classificação do delito, se este foi praticado e se o deputado parece responsável; em suma, indaga se a pesquisa judiciária não foi iniciada por motivo fútil ou ódio político, por forjar crimes ou inventar cumplicidade. Não está adstrito o Congresso à prova dos autos; procede como um tribunal político, decidindo soberanamente sobre a inconveniência de

⁶³ Segundo Alexandre de Moraes: “Existem duas doutrinas sobre a deliberação do pedido de autorização à Casa Legislativa respectiva, para processar-se um parlamentar. Ambas partem da mesma premissa, qual seja, o parlamentar em regra não deve ser privado de suas funções no curso das sessões, devendo-se, portanto, evitar uma eventual sentença condenatória decorrente de um processo criminal. Com base na premissa inicial, diferenciam-se as posições em face da natureza do juízo de valor a ser realizado pelo Legislativo. A primeira posição entende que o Parlamento deve atuar como verdadeiro tribunal jurídico, concedendo a autorização, desde que inexista motivo grave para recusá-la e se verifique a existência da comprovação da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria. A segunda posição interpreta a Constituição de forma a inverter as prioridades, dando maior ênfase à liberdade e à autonomia do Parlamento. A regra, portanto, será de que, mesmo que existam provas da materialidade e indícios suficientes de autoria, a licença será negada, pois o parlamentar sempre se encontra envolvido em questões problemáticas, ora com o Executivo, ora com o próprio Judiciário. Excepcionalmente, porém, desde que existam motivos extremamente graves que justifiquem tal medida, a licença deverá ser concedida. Atuando desta forma, acredita-se que a independência do Poder Legislativo estará sendo preservada, garantindo-se a plena harmonia entre os Poderes de Estado”. (Cf. MORAES, Alexandre de: **Direito Constitucional**, São Paulo, Atlas, 1999, p. 379).

afastar de seu posto de combate um representante do povo”⁶⁴.

Na mesma linha de raciocínio, explicita Pontes de Miranda:

“O exame pela Câmara ... cifra-se na apreciação da conveniência pública, política ou moral, do procedimento. Não está adstrito à prova jurídica, constante dos autos. A concessão de licença não significa que reputou culpado o acusado, ou que achou válidos os atos processuais que lhe foram apresentados. Nenhum julgamento profere a respeito. A denegação não significa que o considere extreme de culpa ou que os atos processuais não valham. Se tivessem tais significações, as suas deliberações sobre licença para processo contra algum dos seus membros invadiria as atribuições do Poder Judiciário. Ainda quando a Câmara conceda a licença constando dos discursos e pareceres, ou da própria licença, que os seus membros se persuadiram da culpabilidade do acusado, pode ele ser julgado inocente. Ainda que a conceda por lhe parecer que nenhuma consequência pode ter o

⁶⁴ Cf. MAXIMILIANO, Carlos: Comentários à Constituição Brasileira *Apud* BROSSARD, Paulo: Imunidade

processo, por se lhe afigurar isento de qualquer culpa o deputado, a condenação é possível”⁶⁵.

Diferentemente das teses defendidas acima, leciona Raul Machado Horta:

“É certo que o órgão legislativo dispõe da competência discricionária para conceder ou não a licença. Mas, ao proceder num sentido ou num outro, deve oferecer as razões de sua conduta, deduzindo os fundamentos jurídicos e políticos que inspiraram a decisão. O pedido de licença pode não se ajustar ao enquadramento constitucional e legal, e a Câmara, ao recusá-lo por esse transbordamento da normatividade existente, não pratica ato de simples conveniência, no domínio da oportunidade mas profere juízo de legitimidade, exercendo, na qualidade de órgão do Estado, a irrecusável defesa da Constituição e da Lei.(...) A câmara não pode ser indiferente à juridicidade do pedido de licença. Se este não se enquadra nas regras legais, a Câmara apontará a ilegalidade, e nesta fará residir a razão

Parlamentar, in: **Revista de Informação Legislativa**, a 16, n. 63, jul./set., p. 11, 1979.

⁶⁵ Cf. MIRANDA, Pontes de: *Comentários à Constituição Apud BROSSARD, Paulo: Imunidade Parlamentar*, in: **Revista de Informação Legislativa**, a 16, n. 63, jul./set., p. 11, 1979.

suficiente da recusa. Daí a justa ponderação do deputado Pedro Aleixo, no parecer em que examinou o instituto das imunidades: - “Mas, do ponto de vista jurídico a licença não poderá ser concedida em qualquer dos casos do artigo 43, do Código de Processo Penal, isto é, se o fato narrado evidentemente não constituir crime, se já estiver extinta a punibilidade pela prescrição ou por outra causa, se for manifesta a ilegalidade da parte ou faltar condições exigidas para o exercício da ação penal. Nas hipóteses figuradas, tão manifesta é a inexistência de justa causa ou tão bradante é a nulidade absoluta, que o pedido da licença para processar, sôbre revelar falta substancial de seriedade, já representa em si mesmo irritante atentado contra direitos, não mais do congressista, mas do simples cidadão”. (sic) (Pedro Aleixo - “Imunidades Parlamentares” - Edições da Revista Brasileira de Estudos Políticos - p. 91). O pedido de licença para prender também atrai o rigoroso exame de sua conformidade aos preceitos jurídicos disciplinadores da prisão”⁶⁶.

⁶⁶ Cf. HORTA, Raul Machado: Imunidades Parlamentares, In Revista de Informação Legislativa, a. 1967 ,

Com o respeito devido à opinião dos doutrinadores que defendem que o pedido de autorização deve ser analisado sob critérios jurídicos, não se pode consentir com tal entendimento, tendo em vista que, ao prosperar tal raciocínio, comprometido estaria o princípio político-constitucional da separação de poderes⁶⁷. A este respeito, é contundente a conclusão de Alexandre de Moraes:

“Direito Constitucional pátrio e comparado mostram-nos que a segunda posição é a adotada pelos diversos parlamentos democráticos do mundo como meio de defesa dos representantes populares, contra governos arbitrários e ditatoriais.

A decisão legislativa para a concessão ou não da licença, não está, pois, submetida a regras rígidas e

nº. , jul/dez, pp. 52-53.

⁶⁷ O instituto da imunidade parlamentar está intrinsecamente vinculado ao princípio da separação de poderes e, por consequência direta, ao sistema de contrabalanceamento das respectivas funções estatais (*checks and balances*): “O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. Segundo esta teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os *atos gerais*, que só podem ser praticados pelo Poder Legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o Poder Legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder e nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do Poder Executivo, por meio de *atos especiais*. O Executivo dispõe de meios concretos para atingir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo Legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências. A primeira crítica feita ao sistema de separação de poderes é no sentido de que ele é meramente formalista, jamais tendo sido praticado. A análise do comportamento dos órgãos do Estado, mesmo onde a Constituição consagra enfaticamente a separação dos poderes, demonstra que sempre houve uma intensa interpenetração. Ou o órgão de um dos poderes pratica atos que, a rigor, seriam de outro, ou se verifica a influência de fatores extralegais, fazendo com que algum dos poderes predomine sobre os

preconstituídas, pois os critérios não são jurídico-normativos, mas movido por razões políticas de conveniência e oportunidade”⁶⁸.

2.3 A Imunidade Parlamentar e a Igualdade.

Uma das críticas mais freqüentes que se direciona à imunidade formal reside no argumento de que esta ofende o princípio da igualdade de todos perante a lei. Isto decorre de uma má interpretação deste princípio constitucional, haja vista haver um entendimento até significativo no sentido de se equiparar o princípio da igualdade formal com o princípio da isonomia.

De forma lapidar Aristóteles definiu o princípio da isonomia como sendo: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas diferenças”. Ora, com tal afirmativa, Aristóteles estava na verdade referindo-se à igualdade na lei, isto é, à igualdade material ou isonômica. Noutra passo, a igualdade formal diz respeito à igualdade perante a lei, ou seja, no tratamento equânime de todos que estejam abrangidos por ela de forma não diferenciada.

demais, guardando-se apenas a aparência de separação”. (Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu: **Elementos de Teoria Geral do Estado**, São Paulo, Saraiva, 2001, pp. 219-220).

⁶⁸ Cf. MORAES, Alexandre de: **Direito Constitucional**, São Paulo, Atlas, 1999, p. 379.

Feitos tais esclarecimentos, é certo afirmar que a igualdade dispensada aos mandatários políticos é a igualdade material, que se justifica em função da necessidade para um bom desempenho dos mandatos parlamentares, sendo imperioso que os procuradores do povo sejam possuidores de irrestrita e absoluta liberdade de pensamento, ação e convicção, “afastando-se a possibilidade de ficar vulnerável às pressões dos outros poderes do Estado”⁶⁹. Desta forma, a existência das prerrogativas parlamentares não se funda em violação ao princípio da igualdade constitucionalmente prestigiado, mas subsiste incontestavelmente como instituto imprescindível à manutenção da viabilidade das instituições políticas do Estado Democrático de Direito.

2.4 As Imunidades Parlamentares no Ordenamento Constitucional Brasileiro.

É imprescindível a leitura dos textos constitucionais para uma compreensão e definição do instituto parlamentar no nosso Direito^{70 71}.

⁶⁹ Cf. MORAES, Alexandre de: **Direito Constitucional**, Atlas, São Paulo, 1999, p. 366.

⁷⁰ Segundo José Alfredo de Oliveira Baracho, é no sistema constitucional inglês que se localiza o berço das imunidades parlamentares: “Como fonte, ainda, relaciona-se a proclamação do Parlamento Inglês, em 1512, quando foi votada lei decidindo que qualquer processo dirigido contra um membro do parlamento em razão de um “bill”, discurso ou declaração qualquer sobre uma matéria no Parlamento seria considerado nulo e de nenhum efeito. Em 1541, o presidente da Câmara fez incluir a liberdade de palavra como um dos privilégios do poder, atendendo a resolução da Câmara dos Comuns e da Câmara dos Lordes declarando que a lei de 1512 era de ordem geral, aplicável a todos os deputados. Nesse levantamento dos precedentes, o episódio com Sir THOMAS SHIRLEY, preso em Londres, em 1603, contribuindo para definir essa garantia. A Câmara mandou que o carcereiro ou guardião soltasse o parlamentar e, não sendo atendida, ordenou a sua libertação,

A primeira Constituição brasileira – Constituição Política do Império do Brasil – jurada em 25 de Março de 1824, consagrou os institutos da inviolabilidade e da improcessabilidade dos parlamentares nos seus artigos 26, 27 e 28:

com expedição do mandado de prisão contra o descumpridor da ordem. O parlamentar foi solto. Em 1629, no caso JOHN ELIOT, ocorreu nova investida contra o privilégio, cuja solução transformou-se em decisão de validade geral para os parlamentares. Cita-se, como etapa consagradora da imunidade parlamentar relativa a liberdade de debates na Inglaterra, o “Bill of Rights” de 13 de fevereiro de 1689, que no parágrafo nono determinava: ‘A liberdade de palavra, de discussão e de atos parlamentares não pode ser objeto de exame ante tribunal algum e nenhum lugar que não seja o Parlamento mesmo’. O Parlamento inglês passou a tutelar com grande severidade e energia os seus membros. Considera como grave violação de privilégio do Corpo Legislativo se um de seus membros vê-se insultado ou difamado como homem público ou limitado em seus pronunciamentos. Após a consagração em texto do fragmentário Direito Constitucional inglês, as primeiras Constituições escritas do século XVIII conferiram proeminência hierárquica e normativa às regras que concretizaram a independência e a liberdade dos membros do Poder Legislativo. Essas imunidades dos congressistas foram consagradas no art. 1, seção 6.1, da Constituição dos Estados Unidos da América de 17 de setembro de 1787. Ao definir esse instituto, o texto constitucional americano estipulou: ‘Gozarão, em todos os casos, de imunidade de prisão, salvo por traição, delito, ou perturbação da ordem pública, enquanto assistirem as sessões de suas respectivas Câmaras, e enquanto a elas se dirigirem ou delas voltarem. Fora do recinto das Câmaras, não terão obrigação de responder a interpelações acerca de seus discursos ou debates’.(Cf. BARACHO, José Alfredo de Oliveira: *Imunidades Parlamentares*, in: **Revista de Informação Legislativa**, a 17, n. 68, out./dez., 1980, pp. 36-37). Ademais, são valiosas as considerações de Alexandre de Moraes: “Importante lembrar que foi basicamente o direito europeu que consolidou as imunidades parlamentares, dando-lhes os contornos atuais, porém, elas não passaram despercebidas do povo romano, pois eram intangíveis, invioláveis (sacrosancta) as pessoas dos tribunos e dos edis, seus auxiliares: tendo o povo romano outorgado-lhes por lei essa inviolabilidade e, para torná-la irrevogável, santificou-a com um juramento (les sacrata), punindo com a pena de morte os atentados contra esta regulamentação. Esta inviolabilidade do tribuno garantia-lhe no exercício das suas funções ou fora delas e obstava a que ele pudesse ser acusado, preso ou punido. (...) Modernamente, quase todas as Constituições prevêm as garantias de livre exercício do Poder Legislativo. Assim, por exemplo, a da França, de 1958, no art. 26 e a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, no art. 46, que porém, como informa Pinto Ferreira, ‘exclui a injúria e a calúnia da esfera da inviolabilidade’. O mesmo se dava na Constituição Federal da antiga Alemanha Oriental, onde o art. 67, I, segunda parte, afirma não incidir quanto às calúnias, no sentido do Código Penal, a regra jurídica da inviolabilidade, se comissão de inquérito da Câmara Popular as considere como tais”. (Cf. MORAES, Alexandre de: **Direito Constitucional**, São Paulo, Atlas, 1999, pp. 366-367).

⁷¹ Todos os dispositivos constitucionais citados neste tópico foram extraídos do livro *Constituições do Brasil*, em português original, compilado por Hilton Lobo Campanhole e Adriano Campanhole, 14ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2000.

“Art. 26. Os Membros de cada uma das Câmaras são invioláveis pelas opiniões, que proferirem no exercício das suas funções.

Art. 27. Nenhum senador, ou deputado, durante a sua deputação, pode ser preso por autoridade alguma, salvo por ordem da sua respectiva camara, a menos em flagrante delicto de pena capital.

Art. 28. Se algum Senador, ou Deputado for pronunciado, o Juiz, suspendendo o todo o ulterior procedimento, dará conta a sua respectiva Câmara, a qual decidirá, se o processo deva continuar, e o membro ser, ou não suspenso no exercício das suas funções”.

A Constituição promulgada em 24 de Fevereiro de 1891 – Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil – previu tanto as imunidades material como a formal, nos seus artigos 19 e 20, nestes termos:

“Art. 19. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato.

Art. 20. Os Deputados e os Senadores, desde que tiverem recebidos diploma até á nova eleição, não

poderão ser presos, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara, salvo caso de flagrancia em crime inafiançável. Neste caso, levado o processo até pronuncia exclusive, a autoridade processante remeterá os autos à Câmara respectiva, para resolver sobre a procedência da acusação, si o acusado não optar pelo julgamento imediato”.

Como se observa, a primeira Constituição da República trouxe duas inovações em matéria de prerrogativas parlamentares. Uma delas consiste na faculdade que foi concedida ao parlamentar de, quando acusado, renunciar à imunidade, haja vista que o acusado poderia optar por seu julgamento imediato. Ademais, a outra se refere à ampliação dos núcleos protetores das imunidades. Isto porque, enquanto o art. 26 da Constituição outorgada de 1824 imunizava o parlamentar apenas por suas opiniões, o art. 19 da Constituição de 1891 imuniza-o tanto por suas opiniões quanto por suas palavras e votos proferidos no exercício do mandato parlamentar. Assim, com o advento da República, o Poder Legislativo tornou-se mais livre e independente, na medida em que foram ampliadas as garantias parlamentares protegendo os seus membros no exercício das suas nobres funções contra as pressões, abusos e arbítrios dos demais poderes do Estado.

A Carta Constitucional de 16 de julho de 1934 – Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil – manteve as imunidades parlamentares nos arts. 31, 32 e 89, § 2º, nas seguintes palavras:

“Art. 31. Os deputados são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos no exercício das funções do mandato.

Art. 32. Os deputados, desde que tiverem recebido diploma até a expedição do diploma para a legislatura subsequente, não poderão ser processados criminalmente, nem presos, sem licença da Câmara, salvo caso de flagrância em crime inafiançável. Esta imunidade é extensiva ao suplente imediato do deputado em exercício.

§ 1º. A prisão em flagrante do crime inafiançável será logo comunicada ao Presidente da Câmara dos Deputados, com a remessa dos autos e dos depoimentos tomados, para que ela resolva sobre a sua legitimidade e conveniência, e autorize, ou não, a formação da culpa.

§ 2º. Em tempo de guerra, os Deputados, civis ou militares, incorporados às Forças Armadas por licença

da Câmara dos Deputados, ficarão sujeitos às leis e obrigações militares.

Art. 89, § 2º. Os Senadores têm imunidades, subsídio e ajuda de custo identicos aos dos Deputados e estão sujeitos aos mesmos impedimentos e incompatibilidades”.

É importante notar que a Constituição de 1934 instituiu a necessidade para incorporação do parlamentar às forças armadas, em tempo de guerra, de licença da Casa Legislativa. Segundo Antonio Edving Caccuri, “esse período caracterizou-se por freqüentes e pesadas violações à prerrogativa”⁷². Outra inovação implementada por esta Constituição traduz-se no fato de que a imunidade formal dos parlamentares foi estendida ao suplente imediato do deputado em exercício, cuja razão de ser foge à compreensão, uma vez que, enquanto suplente, não exerce mandato eletivo. Outrossim, vale acrescentar que a segunda Constituição Republicana retirou do parlamentar a possibilidade de o mesmo dispor da imunidade, renunciando-a no caso de ele estar sendo acusado, não podendo, por conseguinte, optar por seu julgamento imediato, mesmo sem a licença da respectiva da Casa Legislativa que o congrega.



A Constituição do Estado Novo – Constituição dos Estados Unidos do Brasil – outorgada em 10 de Novembro de 1937, previu o instituto da imunidade parlamentar nos seus arts. 42 e 43, *caput*, e parágrafo único.

“Art. 42. Durante o prazo em que estiver funcionando o Parlamento, nenhum dos seus membros poderá ser preso ou processado criminalmente, sem licença da respectiva Câmara, salvo em caso de flagrância em crime inafiançável.

Art. 43. Só perante a sua respectiva Câmara responderão os membros do Parlamento Nacional pelas opiniões e votos que emitirem no exercício das suas funções; não estarão, porém, isentos de responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia e injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.

Parágrafo Único. Em caso de manifestação contrária à existência ou independência da Nação ou incitamento à subversão violenta da ordem política ou social, pode qualquer das Câmaras, por maioria de votos, declarar vago o lugar do Deputado ou membro do Conselho Federal, autor da manifestação ou incitamento.

⁷² Cf. CACCURI, Antonio Edving: Imunidades Parlamentares, *in*: **Revista de Informação Legislativa**, a. 19,

É de fácil observação que a Constituição ditatorial vigente no período de 1937 a 1945 restringiu sobremaneira as garantias parlamentares. Se isto por si só já constituía um desrespeito ao princípio do livre exercício da atividade parlamentar, a dissolução dos partidos políticos e a não instalação e funcionamento do Congresso Nacional significaram o próprio rompimento do Estado Democrático de Direito e de Justiça.

Refletindo novos ares democráticos, a Constituição de 1946 – Constituição dos Estados Unidos do Brasil – promulgada em 18 de Setembro de 1946, estabeleceu as imunidades parlamentares nos seus arts. 44, 45 e 46, *in verbis*:

“Art. 44. Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos.

Art. 45. Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua câmara⁷³.

nº. 73, jan./mar, 1982, p. 49.

⁷³ A Emenda Constitucional nº. 9, de 22 de julho de 1964, mandou incluir no art. 45 o seguinte parágrafo: “§ 3º. Em se tratando de crime comum, se a licença para o processo criminal não estiver resolvida em 120 (cento e vinte) dias, contados da apresentação do pedido, êste será incluído em ordem do dia, para ser discutido e votado, independentemente de parecer”. (sic)

§ 1º. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à câmara respectiva para que resolva sôbre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

§ 2º. A câmara interessada deliberará sempre pelo voto da maioria dos seus membros.

Art. 46. Os deputados e senadores, quer civis, quer militares não poderão ser incorporados às fôrças armadas senão em tempo de guerra e mediante licença de sua câmara, ficando então sujeitos à legislação militar”.

Além dos dispositivos constitucionais transcritos, a Constituição de 1946 prescreveu no seu art. 213 a subsistência das imunidades dos membros do Congresso Nacional durante o Estado de Sítio, com a possibilidade, contudo, de as mesmas serem suspensas, “mediante o voto de 2/3 (dois terços) dos votos dos membros da Câmara ou do Senado, as de determinados deputados ou senadores cuja liberdade se torne manifestamente incompatível com a defesa da Nação ou com a segurança das instituições políticas ou sociais”. No seu parágrafo único acrescentou que “no intervalo das sessões legislativas, a autorização será dada pelo presidente da Câmara dos Deputados ou pelo vice-presidente do Senado Federal, conforme se trate de

membros de uma ou de outra câmara, mas, *ad referendum* da Câmara competente, que deverá ser imediatamente convocada para se reunir dentro de quinze dias”.

Em outra quadra histórica, a Constituição de 24 de Janeiro de 1967 – Constituição do Brasil – assim disciplinou o instituto da imunidade parlamentar:

“Art. 34. Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º. Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

§ 2º. Se no prazo de noventa dias, a contar do recebimento, a respectiva Câmara não deliberar sobre o pedido de licença, será este incluído automaticamente em Ordem do Dia e nesta permanecerá durante quinze sessões ordinárias consecutivas, tendo-se como concedida a licença se, nesse prazo, não ocorrer deliberação.

§ 3º. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de quarenta e oito horas, à Câmara respectiva, para que, o voto secreto resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

§ 4º. A incorporação às forças armadas, de deputados e senadores, ainda que militares, mesmo em tempo de guerra, depende da licença da sua câmara, concedida por voto secreto.

§ 5º. As prerrogativas processuais de senadores e deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão de deixarem eles de atender, sem justa causa, no prazo de trinta dias, ao convite judicial⁷⁴.

A Emenda Constitucional nº. 1, de 1969⁷⁴, fez várias alterações no instituto da imunidade parlamentar, previsto no art. 32 e seus parágrafos. As principais modificações dizem respeito às restrições impostas às imunidades parlamentares, nos casos de injúria, difamação e calúnia, e nos previstos na Lei de Segurança Nacional. Ademais, a emenda constitucional em tablado foi responsável pelo desaparecimento da licença prévia e da prerrogativa da Câmara em conceder licença para o processo de formação de culpa ou autorizar a

⁷⁴ A Emenda Constitucional nº. 1 é considerada por muitos doutrinadores como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1969.

prisão de seus membros. Em sua literalidade, podemos assim constatar os dispositivos normativos da emenda constitucional nº. 1:

“Art. 32. Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a honra.

§ 1º. Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável.

§ 2º. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão.

§ 3º. Nos crimes comuns, imputáveis a deputados e senadores, a Câmara respectiva, por maioria absoluta, poderá a qualquer momento, por iniciativa da mesa, sustar o processo.

§ 4º. Os deputados e senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 5º. Nos crimes contra a Segurança Nacional poderá o Procurador Geral da República, recebida a denúncia e considerada a gravidade do delito, requer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão

3.5 A final de sua representação pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 6º . A incorporação às Forças Armadas, de deputados e senadores, embora militares e em tempo de guerra, dependerá de licença da Câmara respectiva.

§ 7º . As prerrogativas processuais de senadores e deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão, se deixarem eles de atender sem justa causa, no prazo de 30(trinta) dias, ao convite judicial⁷⁵.

⁷⁵ O art. 32, caput, e seus §§ 1º., 2º., 3º., 5º. têm nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 22/82. Anteriormente, a Emenda Constitucional n. 11/78 dera a esse artigo a seguinte redação:

“Art. 32. Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a Segurança Nacional.

§ 1º . Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável, nem processados, criminalmente, sem prévia licença de sua Câmara.

§ 2º . Se a Câmara respectiva não se pronunciar sobre o pedido, dentro de 40 (quarenta) dias, a contar de seu recebimento, ter-se-á como concedida a licença.

§ 3º . No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de 48 (quarenta e oito) horas à Câmara respectiva para que resolva sobre a prisão e autorize ou não a formação de culpa.

§ 4º . Os deputados e senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 5º . Nos crimes contra a segurança nacional, cujo processo independe de licença da respectiva Câmara, poderá o procurador – geral da República, recebida a denúncia e atenta à gravidade do delito, requer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até decisão final de sua representação pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 6º . A incorporação às forças armadas, de deputados e senadores, embora militares dependerá de licença da Câmara respectiva.

§ 7º . As prerrogativas processuais de senadores e deputados, arrolados como testemunhas, não subsistirão, se deixarem eles de atender, sem justa causa, no prazo de 30 (trinta) dias ao convite judicial.

2.5 A Imunidade Parlamentar na Constituição Federal de 1988 e na Constituição do Estado do Ceará.

A Constituição Federal em vigor, responsável pela reestruturação político-formal da democracia do Brasil, prevê em seu artigo 53 e seus incisos os institutos de direito público (imunidades) e que são imprescindíveis ao exercício do ofício parlamentar com independência e segurança, nos seguintes vocábulos:

“Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.

§ 2º. O indeferimento do pedido de licença ou a ausência de deliberação suspende a prescrição enquanto durar o mandato

§ 3º. No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos do inquérito serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Casa respectiva, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

§ 4º. Os Deputados e Senadores serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 5º. Os Deputados e Senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§ 6º. A incorporação às forças armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§ 7º. As imunidades de Deputados ou Senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensão mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso, que sejam incompatíveis com a execução da medida”.

A Constituição do Estado do Ceará de 1989, em consonância com a Constituição Federal de 1988, disciplinou o instituto da imunidade parlamentar no seu artigo 51, *caput*, e em seus quatro primeiros parágrafos, nos seguintes vocábulos:

“Art.51. Os Deputados são invioláveis no exercício do mandato por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º. Desde a expedição do diploma os membros da Assembléia Legislativa não poderão ser presos, salvo

em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença da Assembléia Legislativa.

§ 2º. No caso de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de vinte e quatro horas, à Assembléia Legislativa, para que, pelo voto secreto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão e autorize, ou não, a formação de culpa.

§ 3º. Os Deputados serão processados e julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado.

§ 4º. Os Deputados não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberão informações”.

Em se tratando de comparação entre as imunidades dos deputados federais e estaduais cearenses, verifica-se que a Constituição Estadual basicamente repetiu o disposto no artigo 53, caput, e seus §§ 1º, 3º, 4º e 5º, da Constituição Federal vigente. Assim, pode-se dizer que a única diferença existente entre as duas Constituições no que diz respeito à imunidade reside no fato de serem os deputados federais processados e julgados pelo Supremo Tribunal

Federal e os deputados estaduais pelo Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Da leitura acima se extrai que o ordenamento constitucional federal e estadual (cearense) em vigor consagrou tanto a imunidade material quanto a formal. Essas prerrogativas conferidas aos parlamentares, como já se disse, mas não sendo demais repetir, não tem por finalidade proteger a pessoa do parlamentar, mas sim garantir que o exercício da atividade parlamentar possa realizar-se livre de qualquer grilhão que porventura impossibilite a materialização de uma carreira parlamentar compatível com os novos paradigmas democráticos. Destarte, é preciso dizer que a concessão dessas prerrogativas aos legisladores é meio necessário à consubstanciação de uma instituição político parlamentar independente e democrática.

Hodiernamente, a opinião pública brasileira vem tecendo algumas críticas ao instituto das imunidades, principalmente, verberando através dos meios de comunicação de massa as vozes de alguns constitucionalistas que se posicionam a favor tanto da imunidade material quanto da imunidade formal, por ser esta, segundo seus opositores, um meio utilizado para deixar livre de

qualquer investigação e penalidade o parlamentar que pratica alguma conduta tipificada como crime.⁷⁶

A Emenda Constitucional no.35 de 20 de dezembro de 2001 deu nova redação ao art. 53 da nossa Carta Magna:

“Art.1º O Art 53 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art 53. Os deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

§1º Os Deputados e Senadores, desde a expedição do diploma, serão submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

§2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de 24 horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

§3º Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva, para

⁷⁶ Tramita no Congresso Nacional proposta de emenda constitucional que objetiva a exclusão da imunidade formal dos Deputados e Senadores.

que, pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.

§4º O pedido de sustação será apreciado pela Casa respectiva no prazo improrrogável de quarenta e cinco dias do seu recebimento pela Mesa Diretora.

§5º A sustação do processo suspende a prescrição, enquanto durar o mandato.

§6º Os deputados e senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações.

§7º A Incorporação às Forças Armadas de deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva.

§8º As imunidades de deputados ou senadores subsistirão durante o estado de sítio, só podendo ser suspensas mediante o voto de dois terços dos membros da Casa respectiva, nos casos de atos praticados fora do recinto do Congresso Nacional, que sejam incompatíveis com a execução da medida".

Observa-se que a crítica que se faz à imunidade formal não é improcedente em sua totalidade, haja vista ser quase de praxe nos

telejornais brasileiros acusações de crimes envolvendo parlamentares. Entretanto, não se pode confundir o instituto da imunidade parlamentar formal em essência, com o desvirtuamento que alguns parlamentares fazem dela, sob o risco de se diminuir a independência dos parlamentares que a usam de forma compatível com a função que exercem, colocando em xeque até mesmo a harmonia e independência dos poderes do Estado, à medida que não mais existindo a imunidade formal estará aberta a possibilidade dos outros poderes do Estado atentarem contra a independência através da proposição de processos penais contra parlamentares sem fundamento jurídico algum, mas apenas com o objetivo de denegrir a imagem do parlamentar ou, mais grave ainda, da própria instituição parlamentar. Deste modo, é importante ponderar que a utilização da imunidade formal para beneficiar parlamentares criminosos é um dos lados negativos do próprio instituto, é o lado que a sociedade deve suportar para se ter um parlamento realmente independente e democrático. Além disso, aos atores parlamentares são indispensáveis à concessão pela sociedade de um grau mais elevado de liberdade, para possibilitar que o processo político avance de maneira mais dinâmica e célere rumo a uma democracia bem mais “democrática”. No entanto, essa confiança concedida aos parlamentares para atuarem com mais liberdade, deve ser fiscalizada pela própria sociedade, pois os processos políticos para não se desviarem do seu rumo democrático devem ser diuturnamente

vigiados por toda sociedade e, principalmente, por uma imprensa independente e livre. Por fim, sobre os críticos que salientam exageradamente os aspectos negativos das prerrogativas parlamentares pesam as palavras do mestre Alexis Tocqueville: o melhor remédio para os males e defeitos da democracia é a aplicação de mais democracia.

2.6 Os Poderes Legislativo e Executivo no estado do Ceará.

As tensões existentes entre os poderes oficiais que compõem o Estado do Ceará, principalmente em se tratando das divisões de funções legislativas e executivas, não diferem muito do que ocorre em escala nacional, sendo reproduzido, os mesmos problemas decorrentes do exercício democrático do poder político.

Neste sentido, “o autoritarismo político e a ‘modernização’ econômica têm estado presentes, de uma ou de outra forma, ao longo da evolução política e econômica do Brasil”⁷⁷, o que consiste num reflexo direto do exercício do poder moderador no período imperial da monarquia constitucional, e no exercício, no período republicano em geral, de um presidencialismo base de uma estrutura federativa centrípeta, cujo poder de controle da agenda política nacional o põe

⁷⁷ Cf. MARTINS, Luciano: A “liberalização” do regime autoritário no Brasil, in: **Transições do regime autoritário – América Latina**, Guillermo O’Donnell, Philippe C. Schmitter e Laurence Whitehead (editores), tradução de Adail U. Sobral e Rolando Lazarte, São Paulo: Vértice, 1988, p. 114.

em circunstância privilegiada perante o desempenho das funções legislativas, eixo imediato da expressão mais sublime da soberania popular. Desta feita,

“O ponto de partida, portanto, é a pouco notada continuidade legal entre o período autoritário e o atual no que diz respeito às normas que regulam as relações entre os poderes Executivo e Legislativo. Os efeitos desse ordenamento legal explicam a preponderância legislativa do Executivo no atual regime constitucional, papel que é contrastante com o perfil assumido durante a democracia de 1946 e similar ao estabelecido no regime militar. (...) Os dados arrolados demonstram que, sob a Constituição de 1988, o Executivo se constituiu no principal legislador *de jure* e de fato. O principal argumento é que essa preponderância legislativa do Executivo decorre diretamente de sua capacidade, garantida constitucionalmente, de controlar a agenda – o *timing* e o conteúdo – dos trabalhos legislativos. Os mecanismos constitucionais que ampliam os poderes legislativos do presidente – ou seja, a extensão da exclusividade de iniciativa, o poder de iniciativa, o poder de editar medidas provisórias com força de lei e a faculdade de solicitar urgência para os

seus projetos, estabelecidos pelas reformas constitucionais militares e ratificados pela Constituição de 1988, não só lhe permitem definir a agenda legislativa, mas o colocam em posição estratégica para a aprovação dos seus projetos⁷⁸.

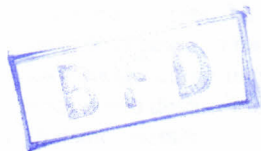
Neste contexto, um dos fenômenos culturais mais corriqueiros que é parte integrante da práxis política cearense e nacional, principalmente a partir da década de 50 do século XX, é o clientelismo⁷⁹, o qual surge a partir da ruptura das bases sociais do

⁷⁸ Cf. FIGUEIREDO, Argelina Cheibub e LIMONGI, Fernando: **Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional**, 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001, p. 11.

⁷⁹ "Para se compreender o uso que hoje se faz do termo Clientelismo na ciência e na sociologia política, talvez seja útil partir dos tempos antigos, fazendo referência, se bem que breve, às *clientelas* e aos *clientes das sociedades tradicionais*, particularmente à *clientela romana*, que não deu apenas o nome ao fenômeno, mas é indiscutivelmente seu exemplo mais conhecido. Em Roma entendia-se como clientela uma relação entre sujeitos de *status* diverso que se urdia à margem, mas na órbita da comunidade familiar: relação de dependência tanto econômica quanto política, sancionada pelo próprio foro religioso, entre um indivíduo de posição mais elevada (*patronus*) que protege seus clientes, os defende em juízo, testemunha a seu favor, lhes destina as próprias terras para cultivo e seu gado para criar, e um ou mais clientes, indivíduos que gozam do *status libertatis*, geralmente escravos libertos ou estrangeiros imigrados, os quais retribuem, não só mostrando submissão e deferência, como também obedecendo e auxiliando de várias maneiras o *patronus*, defendendo-o com as armas, testemunhando a se favor ante os tribunais e prestando-lhe, além disso, ajuda financeira, quando as circunstâncias o exigem. (...) Esse uso o encontraremos, em primeiro lugar, nas pesquisas sobre modernização política e sobre as realidades sociais em transformação entre o tradicional e o moderno, onde o modo capitalista de produção e a organização política moderna, apoiada num aparelho político-administrativo centralizado, se compenetram, mas não conseguiram abalar completamente as relações sociais tradicionais e o sistema político preexistente. De fato, embora o impacto com as estruturas do mundo moderno provoque rupturas na rede de vínculos da clientela, embora as relações de dependência pessoal sejam formalmente excluídas, tudo isso tende, contudo, a sobreviver e a adaptar-se, seja em face de uma administração centralizada, seja em face das estruturas da sociedade política (eleições, parlamento, partidos). Há apenas uma diferença fundamental: enquanto na sociedade pré-moderna, os sistemas de clientela formavam verdadeiros e autênticos microssistemas autônomos, que, excepcionalmente, sobrevivem como tais, apresentando-se como alternativa do sistema político estadual, no sistema político moderno, eles tendem a coligar-se e a integrar-se numa posição subordinada ao sistema político. (...) em lugar do Clientelismo tradicional, tende a afirmar-se um outro estilo de Clientelismo que compromete, colocando-os acima dos cidadãos, não já os notáveis de outros tempos, mas os políticos de profissão, os quais oferecem, em troca da legitimação e apoio (consenso eleitoral), toda a sorte de ajuda pública que têm ao seu alcance (cargos e empregos públicos, financiamentos, autorizações, etc.). É importante observar como esta forma de Clientelismo, à semelhança do clientelismo tradicional, tem, por resultado, não uma forma de consenso institucionalizado, mas uma rede de fidelidades pessoais que passa, quer pelo uso pessoal por parte da classe política, dos recursos estatais, quer, partindo

coronelismo tradicional. O aparecimento deste mecanismo político adveio basicamente do processo de urbanização e do incremento dos meios de comunicação, com a abertura de estradas e a difusão do rádio a pilha. Então, com a conjunção destes fatores minou-se o cerne do sistema coronelista clássico que, inobstante não ter sucumbido completamente, sobreviveu sob a modalidade de sistema coronelista clientelístico, de cunho mais complexo, “seja pela maior dificuldade de se controlar os estratos subordinados por meio de mecanismos de submissão pessoal, seja pela presença mais efetiva do Estado”⁸⁰, a exemplo da fundação do Banco do Nordeste do Brasil.

Como se vislumbra, o jogo de forças entre os poderes estatais é uma constante inarredável dos embates políticos, menosprezando, inclusive, datas símbolos e episódios decisivos que marcam a trajetória histórica do Brasil. Na gênese do sistema representativo democrático se encontram também alguns dos seus problemas característicos. “Em primeiro lugar, o fato de que o parlamento moderno surge contra o absolutismo significa que, desde o início, ele contém alguns dos elementos clássicos da tensão que tantas vezes se



destes, em termos mais mediatos, pela apropriação de recursos ‘civis’ autônomos” (Cf. MASTROPAOLO, Alfio: Clientelismo, in: Dicionário de Política, Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (organizadores), 11ª edição, Vol. I, Brasília: UNB, 1998, pp. 177-178).

⁸⁰ Cf. GONDIM, Linda Maria de Pontes: **Clientelismo e modernidade nas políticas públicas – Os “governos das mudanças” no Ceará (1987-1994)**, Rio Grande do Sul: Unijuí, 1998, p. 22.

observa, nos países de democracia débil, entre o executivo e o legislativo”⁸¹.

Um dos períodos mais sombrios experimentados pela República Brasileira, do ponto de vista democrático, foi indubitavelmente o regime militar instaurado em abril de 1964. Vigente por mais de 20 (vinte) anos, e ao lado de outros regimes de força verificados no continente sul-americano, como na ditadura chilena de Augusto Pinochet, o mesmo foi o responsável por um retrocesso político incomensurável, cujos destroços institucionais ainda estão em vias de reparação. Sob tal ótica,

“No Brasil, como se sabe, com o advento do período autoritário a partir de 1964, o poder Legislativo sofreu várias restrições em sua capacidade de participar da formulação da agenda decisória da república em

⁸¹ Cf. WEFFORT, Francisco: **O que é Deputado?**, São Paulo: Editora Brasiliense, Coleção Primeiros Passos, 1986, p. 22. Ademais, acrescenta o autor, numa verdadeira síntese sobre as implicações no regime republicano – democrático da tensão existente entre os poderes executivo e legislativo: “A necessidade da criação de novos mecanismos de democracia direta é acentuada, no mundo moderno, pelo fenômeno conhecido do crescimento desmedido do Executivo em face do Parlamento. O desequilíbrio entre Executivos fortes e Parlamentos débeis é um fenômeno geral da época moderna. Vem desde a Primeira Guerra Mundial ou desde a crise de 1929, conforme o país. Em alguns casos, o crescimento do Executivo vem na esteira de uma revolução, como na União Soviética. Em outros, é resultado direto de movimentos contra-revolucionários, como na Itália fascista e na Alemanha nazista. Mesmo nas democracias mais sólidas, o fenômeno se observa: o melhor exemplo ainda é o do fortalecimento do Executivo na época de Roosevelt, nos Estados Unidos, como meio de controle sobre a crise econômica. As causas são diversas mas a *tendência* a um crescimento desmedido, desequilibrado, do executivo está presente em todos os casos. O fascismo italiano e o nazismo alemão caíram, a revolução russa se estabilizou, Roosevelt deu lugar a Truman e este a Eisenhower, etc., etc. O mundo dos anos 40 é muito diferente do mundo dos anos 80 mas a tendência ao que se tem chamado de *hipertrofia do Executivo* permanece como uma tendência de caráter geral. Os graus e as formas em que opera são diferentes, aliás notavelmente diferentes. Mas hoje este é um fenômeno de observação geral, tanto nos municípios quanto nos Estados e no país. E com o desequilíbrio entre o Executivo

comparação com o período 1946-64. O Executivo passou a contar com o poder de editar decretos com força de lei, os quais, se não apreciados pelo Parlamento dentro de certo prazo, obtinham aprovação definitiva. Adquiriu monopólio sobre a emissão de projetos relativos à matéria financeira, em relação aos quais, deputados e senadores não podiam oferecer emendas. Qualquer proposição originada na Presidência recebia tramitação especial, com prazos encurtados e envio ao plenário de modo a sobrepujar propostas de origem no próprio Legislativo⁸², produto legítimo e imediato dos anseios, desejos e angústias de quem é detentor inafastável da soberania popular, isto é, do povo”.

e o parlamento quem sofre é a democracia”. (Cf. WEFFORT, Francisco: **O que é Deputado?**, São Paulo: Editora Brasiliense, Coleção Primeiros Passos, 1986, pp. 50-51).

⁸² Cf. Figueiredo e Limongi *Apud* SANTOS, Fabiano dos: **Deputados Federais e instituições legislativas no Brasil: 1946-99**, in: **Elites políticas e econômicas no Brasil contemporâneo – A desconstrução da ordem corporativa e o papel do Legislativo no cenário pós-reformas**, Renato Boschi, Eli Diniz e Fabiano Santos (organizadores), São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000, p. 90. Outrossim, na página posterior, adita o autor: “Assim, uma outra consequência da experiência autoritária incidiu sobre a capacidade do Legislativo de se converter em escola de socialização política. Segundo Nunes (1997), o Congresso brasileiro era rota obrigatória de passagem dos principais quadros do governo durante a República de 46 (Nunes, 1997). Os militares, quando promovem o golpe, instauram ao mesmo tempo a prática de indicar ministros sem vínculos com o mundo da representação político-partidária, eliminando Câmara e Senado da dinâmica de recrutamento dos quadros da burocracia federal (Amorim Neto, 1998). Se é verdade que a Constituição de 1988 devolve ao Legislativo algumas de suas prerrogativas perdidas durante o período autoritário, é também verdadeiro que vários instrumentos procedimentais em favor da Presidência foram mantidos, o que torna incerta a afirmação de que o Congresso teria voltado a ser *locus* relevante do processo decisório (Figueiredo e Limongi, 1995, Pessanha, 1998). Em aberto, portanto, o problema de se detectar até que ponto houve um retorno ao padrão de recrutamento legislativo prévio a 1964, ou se a herança do governo autoritário continua produzindo efeitos políticos relevantes, para além do contexto das relações Executivo/Legislativo”.

Atualmente, a título de exemplo das forças políticas que funcionaram, em período recente (1995-98), como base de sustentação do governo presidencial, podemos citar o estudo elaborado por Jairo Nicolau:

“Antes de analisar a taxa de apoio dos partidos ao governo, vale a pena observar em que medida o governo foi bem-sucedido nas votações de seu interesse. A tabela 6 mostra o excelente desempenho do governo Fernando Henrique Cardoso nas votações nominais: nas 147 votações nas quais houve indicação de seu líder, o governo ganhou em 132 (90%) e perdeu apenas em 15 (10%). O maior número de derrotas governamentais (11) ocorreu nas votações das emendas constitucionais: sete derrotas foram relativas às votações da reforma da Previdência, duas à reforma administrativa, uma à quebra do monopólio do petróleo e outra à navegação de cabotagem”⁸³.

Ademais, com esteio na mesma tabela comparativa, a qual versa sobre as vitórias e derrotas do governo nas votações com indicação do

⁸³ Cf. NICOLAU, Jairo: *Disciplina partidária e base parlamentar na Câmara dos Deputados no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998)*, in: *Revista de Ciências Sociais Dados*, vol. 43, n.º. 4, 2000, pp. 709-737, pp. 719-720.

líder do governo⁸⁴, no que tange às votações de leis ordinárias e leis complementares, o poderio avassalador da maioria governista é ainda mais nítido. Dos 31 projetos de lei indicados pelo líder do governo, no período já assinalado, somente 4 não foram aprovados, com a agravante de que, nos anos de 1996 e 1998, todos os projetos de lei de origem governamental foram aprovados, enquanto que em 1995 somente 1 dos 4 não foi aprovado e em 1997 dos 14 apresentados apenas 3 não obtiveram prosperidade legislativa. Em outra base de informações, pertinentes à legislação complementar, dos 8 projetos indicados pelo líder do governo, todos obtiveram êxito. Desta feita, a tomada de decisões por instâncias enclausuradas fora do controle político fornecido pela democracia é praxe na nossa República Presidencialista. Somente nos primeiros cinco meses do governo Fernando Henrique Cardoso, foram editadas 989 medidas provisórias. Percuciente, a este respeito, é a conclusão de Guilermo O'Donnell, que chega a definir o Brasil “como um caso de democracia representativa, que se caracterizaria pela baixa densidade de suas instituições, pela hipertrofia da autoridade do presidente da República, ao lado da fragilidade dos partidos e do sistema representativo, incluindo o Poder Legislativo”⁸⁵. Assim;

⁸⁴ Fonte dos dados brutos: Diário da Câmara dos Deputados *Apud* NICOLAU, Jairo: Disciplina partidária e base parlamentar na Câmara dos Deputados no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998), in: **Revista de Ciências Sociais Dados**, vol. 43, nº. 4, 2000, pp. 709-737, p. 720.

⁸⁵ *Apud* DINIZ, Eli: Governabilidade, democracia e reforma do Estado: Os desafios da construção de uma ordem no Brasil nos anos 90, in: DINIZ, Eli (organizadora): **Os desafios da democracia na América Latina**

“No Brasil, evidentemente, esse caráter delegativo tem raízes mais antigas, oriundas de uma formação histórica de forte ênfase no Poder Executivo, da vocação eminentemente antirepresentativa enquistada na cultura política brasileira e da recorrência ao autoritarismo político que, desgraçadamente, tem imprimido no desenvolvimento político nacional uma lógica de ciclos de contração e de ciclos de abertura política”⁸⁶.

Há dezessete anos, o Ceará impressionava o Brasil com a derrota, na eleição para o governo, das oligarquias que dominaram o Estado por todo o período militar. À frente de uma coligação que englobava PMDB-PDC-PCB-PC do B, Tasso Ribeiro Jeressaiti, extraído da política empresarial, enfrentava os três “coronéis” (Virgílio Távora, César Cals e Adauto Bezerra) cearenses que, reunidos em outra coligação, englobando PFL e o então PDS, e mais, embora com pouco peso eleitoral, as alianças PT, PSB e PSC-PL, numa campanha que prometia reformas nas estruturas sócio-econômicas (que fazia e apesar do processo de mudanças por que tem passado o Estado,

– **Repensando as relações Estado/Sociedade**, Anais do Seminário Internacional, pp. 162-189, Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, p. 173.

⁸⁶ Cf. MORAES FILHO, José Filomeno de: **A Construção Democrática**, Fortaleza: Editora da UFC, 1998, p. 112.

ainda fazem do Ceará um dos Estados mais precários e carentes do Brasil) e mudanças nos sistemas políticos⁸⁷.

Conquanto os laços com o regime coronelista estivessem formalmente rompidos,

“A centralidade do Estado produziu inúmeras outras conseqüências significativas. Por um lado, dificultou a constituição de uma tradição democrática expressiva e inibiu a formação de organizações políticas e sindicais representativas, autônomas e vigorosas. Por outro lado, destilou uma cultura política condicionada pelo golpismo e pelo autoritarismo (Gramsci), em regra da política, isto é, permitiu que os sucessivos blocos de poder encontrassem sempre condições de assimilar tanto as frações rivais das classes dominantes com os diversos setores das classes subalternas”⁸⁸.

No que concerne à política do “governo das mudanças”⁸⁹,

“a modernização do aparelho do Estado não teve como se completar: sua estrutura administrativa e sua

⁸⁷ Para melhor análise ver o artigo do Prof. José Filomeno intitulado “O segundo governo Tasso”, publicado no livro **A construção democrática**, Fortaleza: Editora da UFC, 1998, pp. 196-198.

⁸⁸ Cf. NOGUEIRA, Marco Aurélio: **As possibilidades da política – Idéias para a reforma democrática do Estado**, São Paulo: Paz e Terra, 1998, p. 273.

⁸⁹ Deve-se entender por “governo das mudanças” o ciclo político no Estado do Ceará iniciado com a vitória do empresário Tasso Jereissati ao governo do Estado em 1986.



burocracia passaram a ganhar legitimidade através do uso intensivo de práticas bem pouco modernas e racionais, derivadas justamente do passado que se imaginava superado. Em outros termos: por se ter convertido em espaço instrumento das conciliações com o passado, o Estado brasileiro não pode se tornar completamente moderno e autenticamente republicano. Não teve como deixar de se submeter a práticas e concepções fortemente vinculadas ao tradicional privatismo das elites. Tornou-se um Estado moderno enxertado de patrimonialismo, cuja burocracia, embora já tingida pelo ethos racional-legal (que a faz agir conforme critérios objetivos, fundados na competência e na impessoalidade), legitima-se um poder através do recurso a procedimentos clientelistas e fisiológicos. Ficou marcado por uma heterogeneidade congênita certamente dificultadora da plena generalização da eficácia e da eficiência em seu interior”⁹⁰.

A administração do governo das mudanças baseado na racionalidade administrativa

⁹⁰ Cf. NOGUEIRA, Marco Aurélio: **As possibilidades da política – Idéias para a reforma democrática do Estado**, São Paulo: Paz e Terra, 1998, pp. 286-287.

“se, por um lado, eliminou-se o nepotismo e o empreguismo típicos do regime neopatrimonialista, até porque a Constituição Federal de 1988 tornou obrigatório o concurso público para o ingresso no serviço público, por outro lado, verifica-se uma tendência à utilização mais intensa de mão-de-obra sem vínculo empregatício, seja recorrendo aos serviços de consultoria externa, seja por meio de contratação de trabalhadores temporários”⁹¹.

A patrimonialização do poder político no Estado do Ceará, apesar de ter adquirido um caráter moderno e racional a partir das eleições governamentais de 1986, ainda atua com vigor nos processos políticos empreendidos pelos novos atores políticos que literalmente dominam o cenário institucional do Estado do Ceará. Nestes termos,

“a modernização [como política pública de racionalidade instrumental desenvolvida pelo governo das mudanças] assume o caráter de estratégia de poder e não de concretização de posturas orientadas por princípios ético - políticos genuínos. As oligarquias envelheceram [coronéis cearenses], mas deixaram seus

⁹¹ Cf. GONDIM, Linda Maria de Pontes: **Clientelismo e Modernidade nas Políticas Públicas – Os governos das mudanças no Ceará (1987-1994)**, Rio Grande do Sul: Unijuí, 1998, p. 53.

herdeiros no poder. O drama não é cearense, é brasileiro”⁹².

Todavia, é certo afirmar que, embora o problema do patrimonialismo seja de âmbito nacional, comprometendo toda a estrutura da Federação, é o Estado do Ceará quem concede à história brasileira passada e presente o exemplo mais clássico da utilização do poder político como se fosse extensão da própria propriedade privada das elites que se revezam no controle da administração pública no Estado do Ceará: outrora, tal exercício era efetivado pela oligarquia acciolina e pela oligarquia coronelista, e, hodiernamente, pela oligarquia plutocrática empresarial.

2.7 A Assembléia Legislativa do Ceará.

As competências constitucionais dos Estados-Membros no sistema federativo brasileiro permitem, pelo menos em tese, que as Assembléias Legislativas Estaduais exerçam suas atividades de forma autônoma. Segundo André Luiz Borges Netto,

“competência legislativa vem a ser a faculdade, aptidão ou o poder concedido às pessoas políticas para a edição de normas jurídicas infraconstitucionais (ou de natureza constitucional, no caso da competência para

⁹² Cf. LEMENHE, Maria Auxiliadora: **Família, tradição e poder**, São Paulo: Annablume, 1996, p. 237.

editar as Constituições Estaduais), por intermédio das respectivas Casas Legislativas, inovando a ordem jurídica mediante a criação de preceitos jurídicos estabelecedores de direitos e deveres que lhes são correlatos”⁹³.

No entanto, apesar das competências que autorizam os parlamentos estaduais a se direcionarem de modo totalmente independente dos outros poderes do Estado, o Parlamento cearense, no período de 1995 a 1998, em virtude, principalmente, da conjuntura política que elegeu novamente o “governo das mudanças”, optou por uma postura de fidelidade política ao Poder Executivo Estadual. Essa relação entre o governador e os deputados estaduais, segundo o professor Filomeno de Moraes, no caso do parlamento cearense, tem natureza peculiar, à medida que “a vinculação partidária comum do governador e do partido e coalizão parlamentares majoritários, advinda das urnas, faz com que não seja razoável pensar numa disjunção de comportamentos políticos”⁹⁴.

⁹³ Cf. Borges Netto, André Luiz: **Competências Legislativas dos Estados-membros**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p.75. O mesmo autor ressalta que para existência do regime federativo é imprescindível: 1. a existência de uma Constituição como base jurídica do Estado; 2. a repartição constitucional de competências; 3. a autonomia das entidades federadas; 4. a soberania pertencente ao Estado Federal; 5. a ausência do direito de secessão; 6. rendas próprias para as entidades federadas; 7. a participação da vontade dos Estados-membros na vontade nacional; 8. os cidadãos dos Estados que aderem à federação adquirem a cidadania do Estado Federal e perde a outra e, por último, a existência de uma Corte Suprema Nacional. (Op. Cit, pp. 172-173).

⁹⁴ Cf. MORAIS, Filomeno de: *A Dinâmica da Assembléia do Estado do Ceará: 1995 a 1998*, In: **O Poder Legislativo nos Estados – Diversidade e Convergência**, organizado por Fabiano Santos, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2001, p. 218.

A relação entre poder Executivo e Legislativo foi denominada por Fernando Luiz Abrucio de “pacto homologatório” no livro “Os Barões da Federação: os Governadores e a Redemocratização Brasileira” nos seguintes termos:

“o Legislativo renuncia o direito de apreciar as iniciativas do Executivo, aprovando-as de forma praticamente automática e em curto intervalo de tempo”. O principal argumento de Abrucio é que, em geral, as Assembléias Legislativas Estaduais no Brasil são instituições frágeis e dominadas por um ator predominante, o Poder Executivo, na figura do Governador do Estado. A imagem utilizada por Abrucio é a de que estaria ocorrendo nos estados o “ultrapresidencialismo estadual”. Basicamente, o ultrapresidencialismo se caracteriza pelo fato de, no Brasil, serem os governadores o centro incontestável no processo de governo, por meio do controle dos outros poderes e de toda a dinâmica da política estadual. Existiria uma espécie de ‘pacto homologatório’ entre o governadores e deputados estaduais pelo qual os legisladores aprovam sem maiores discussões as iniciativas do Executivo em troca da distribuição de

recursos clientelistas, pela ausência de participação e responsabilidade dos parlamentares diante das políticas públicas implementadas pelo Executivo⁹⁵.

Algumas peculiaridades da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará devem ser enfatizadas. Uma delas consiste na continuidade política familiar dos parlamentares cearenses. Só para termos uma idéia de tais circunstâncias, observa-se que, no período de 1995-1998, cerca de 80% dos deputados estaduais cearenses deram sequência a uma tradição familiar de participação no processo político do Estado. Ademais, no que se refere ao aspecto da política como profissão, é certo afirmar que a mesma possui tanto o elemento elitista quanto o elitizante. Elitista em face de que seus quadros possuem origem, em sua maioria, em outros segmentos de elite: com frequência do empresariado, da intelectualidade e, embora em menor proporção, de lideranças sindicais, patronais e de movimentos sociais; elitizante na medida em que, ao recrutar profissionais “mais baixos” na estrutura social, transforma-os em líderes e, como tais, em partes integrantes da elite⁹⁶.

⁹⁵ Cf. SANTOS, Fabiano: Introdução, *In: O Poder Legislativo nos Estados – Diversidade e Convergência*, organização de Fabiano Santos, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2001, p.16.

⁹⁶ Cf. LIMA JÚNIOR e CAMARGO *Apud* MORAIS, Filomeno de: A Dinâmica da Assembléia do Estado do Ceará: 1995 a 1998, *In: O Poder Legislativo nos Estados – Diversidade e Convergência*, organizado por Fabiano Santos, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2001, pp. 205-206.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não constitui novidade alguma que o Poder Executivo no regime constitucional brasileiro, em todas as instâncias políticas de tomada de poder, se sobrepõe sobremodo ao Poder Legislativo. Este quadro da práxis política contemporânea explica-se em grande medida pela herança patrimonialista e pela estrutura burocrático-autoritária que determinou a formação e manutenção do Estado brasileiro. Desta forma, não se pode estabelecer um parâmetro confiável de comparação científica entre as tensões existentes entre os poderes Executivo e Legislativo sem nos remetermos aos primórdios históricos que funcionaram como ponto de partida para a compreensão do arcabouço institucional onde esta tensão se prolonga, em maior ou menor grau.

No tocante ao poder Legislativo cearense, é importante salientar que a conjuntura política de concessão e de cooptação de forças políticas não difere substancialmente das práticas de reforçamento do quadro político-partidário em escala nacional. Como frisado alhures, a história social e política cearense passou a experimentar um novo quadro principalmente a partir da década de cinquenta com o início do processo de urbanização, inobstante o Estado ter convivido, até meados da década de oitenta, com o sistema coronelista, rebento

instrumental dos mecanismos político-institucionais da República Velha. Esta conjuntura política, todavia, sucumbiu parcialmente com a formação e coalizão de novas forças políticas, advindas basicamente da elite empresarial representada emblematicamente no Centro Industrial do Ceará (CIC), em substituição inequívoca das elites agro-exportadoras que dominavam o contexto político-econômico do Estado do Ceará.

Durante todo esse período de vigência de uma política autoritária perpetrada pelos chefes do Executivo Estadual cearense, verificaram-se comportamentos muitos “tímidos” do Legislativo cearense, encontrando-se inclusive em momentos comuns absolutamente alheio ao papel institucional que deveria ter desempenhado, na medida em que se comportou destituído de autonomia e independência em relação ao poder executivo. Muito pelo contrário: sua radiografia institucional deixa revelar a passividade e a subserviência de grande parte dos membros que o constituem, movidos principalmente por interesses particulares materializados através de acordos entre os deputados estaduais e o chefe do Executivo estadual, onde este para impor a sua agenda política e aprová-la pratica uma política a qual se situa em vários casos à margem de políticas públicas que primem pelo interesse social e coletivo.

Digno de registro, para visualizarmos com bastante propriedade de como o poder Legislativo possui mecanismos e condições de desempenhar seu papel institucional fora das intervenções executivas, foi o fato da ruptura das relações de subserviência entre o Legislativo e Executivo cearense, ocorrido em 2001. Tal episódio trouxe implicações de cunho eminentemente inovador no contexto da evolução democrática do Estado do Ceará, na medida em que se rompeu com a tradição hegemônica na Assembléia Legislativa do Ceará de manutenção dos vetos governamentais, haja vista a derrubada de todos os vetos inerentes aos projetos de iniciativa do governo do Estado de reajuste salarial dos servidores públicos estaduais.

Não se pode esquecer que, conquanto a origem da ruptura se encontre ligado diretamente a luta pela disputa do poder político estadual, esse fato contribui sobremaneira para demonstrar a toda sociedade da necessidade de se ter um poder Legislativo independente e comprometido com o exercício do instituto da representação política da soberania popular.

Em última análise, ou o poder Legislativo assume de uma vez por toda o papel que as novas condicionantes impostas tanto pelos modernos paradigmas democráticos quanto pelos sociais, ou a

história não lhe poupará quando tratar de ensinar lições às gerações do porvir.

Referências

- ALVARO, Carlos. *Os Planos do Pensamento Social*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1992.
- ALIAS, Christian. *Epistemologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- BARACHO, José Alfredo de. *Parlamentarismo e Democracia*. in: "Revista de Informação Legislativa", a 17, n° 1, janeiro/1980.
- BRASILEIRO, Pedro. *Constituição e Democracia*. Rio de Janeiro: "Separata Parlamentar", 1992.
- BRUNO, Álvaro. *Competências Legislativas nos Estados-membros do Brasil*. in: "Revista de Direito de 1999", 1999.
- BROSSARD, Paulo. *Biografia*. Rio de Janeiro: "Comunidades Parlamentares". in: "Revista de Biografia e História dos Deputados", janeiro/abril, vol. 17, n° 1, 1999.
- BROSSARD, Paulo. *Biografia dos Deputados*. in: "Revista de Informação Legislativa", a 18, n° 73, janeiro/1999.
- CACCURI, Antonio. *Comunidades Parlamentares*. in: "Revista de Informação Legislativa", a 19, n° 73, janeiro/1999.
- COELHO, Alberto. *Sobre a dogmática jurídica*. in: "Revista de Direito e Filosofia Jurídica", in: "Memórias e Crônicas de Direito", 1999.

4. BIBLIOGRAFIA.

ALBUQUERQUE, Paulo: *A Reconstrução Política do saber Jurídico* (dissertação, 1994)

ARON, Raymond: *As Etapas do Pensamento Sociológico*. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 1982.

ATIAS, Christian, *Epistemologia Jurídica*

BARACHO, José Alfredo de Oliveira: *Imunidades Parlamentares*, in: "Revista de Informação Legislativa", Brasília, a 17, nº. 68, out./dez., 1980.

BOBBIO, Norberto: *Contribucion a la Teoria de Derecho*. Espanha, Fernando Torres – Editor S.A Valencia, 1980.

BORGES NETO, André Luiz: *Competências legislativas dos Estados-membros*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BROSSARD, Paulo: Bibliografia sobre Imunidades parlamentares, in: "Boletim da Biblioteca da Câmara dos Deputados", Brasília, jan./abril, vol. 17, nº.1, 1969.

BROSSARD, Paulo: Imunidades parlamentares, in: "Revista de Informação Legislativa", a 16, nº. 63, 1979.

CACCURI, Antonio Edving: Imunidades parlamentares, in: "Revista de Informação Legislativa", a 19, nº. 73, jan/mar., 1982.

CALSAMIGLIA, Alberto: Sobre a dogmática jurídica: pressupostos e funções do saber jurídico, in: "Metodologia y del Derecho Priavado –

Anales de la Catedra Francisco Suarez”, n.º. 22/1982 – Universidad de Granada.

CAMPANHOLE, Hilton Lobo, CAMPANHOLE, Adriano: *Constituições do Brasil*, 14ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2000.

CAMPOAMOR, Alfonso Fernández - Miranda: La inmunidad parlamentaria en la actualidad, in: “Revista de Estudios Politicos”, Instituto de Estudios Politicos, Madrid, n.º. 215, set./out., 1977.

CARVALHO, Rejane Vasconcelos Accioly de: *Transição democrática brasileira e padrão midiático publicitário da política*, Campinas-SP, Editora Pontes e Fortaleza, Universidade Federal do Ceará, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu: *Elementos de Teoria Geral do Estado*, São Paulo, Saraiva, 2001.

DINIZ, Eli: Governabilidade, democracia e reforma do Estado: Os desafios da construção de uma ordem no Brasil nos anos 90, in: DINIZ, Eli (organizadora): *Os desafios da democracia na América Latina – Repensando as relações Estado/Sociedade*, Anais do Seminário Internacional, Rio de Janeiro, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio: *A Ciência do Direito*, São Paulo, Editora Atlas, 2ª edição, 1980.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio: *O conceito de Sistema no Direito*.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio: *Função Social da Dogmática Jurídica*.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio: *Introdução à Ciência do Direito*.

FIGUEIREDO, Argelina Cheibub, LIMONGI, Fernando: *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*, 2ª edição, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2001.

GONDIM, Linda Maria de Pontes: *Clientelismo e Modernidade nas política públicas – O governo das mudanças no governo do Ceará (1987-1994)*, Rio Grande do Sul, Unijuí, 1998.

HORTA, Raul Machado: Imunidades parlamentares, *in*: “Revista da Faculdade de Direito”, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n.º. 7 (Nova Fase), outubro de 1967.

HORTA, Raul Machado: *Estudos de Direito Constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 1995.

LARENZ, Karl: *Metodologia da Ciência do Direito*

LEMENHE, Maria Auxiliadora: *Família, tradição e poder*, São Paulo, Annablume, 1996.

MACEDO, Dimas: *Ensaio da Teoria do Direito*. Fortaleza, Secretaria de Cultura e Desporto, 1985.

MACHADO, João Batista: O Direito e as Ciências Sociais, *in*: “Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador”.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho: *A Ciência do Direito*.

MARTINS, Luciano: A "liberalização do regime autoritário no Brasil, in: "Transições do regime autoritário – América Latina", Guillermo O'Donnell, Philippe e Laurence Whitehead (editores), tradução de Adail U. Sobral e Rolando Lazarte, São Paulo, Vértice, 1988.

MASTROPAOLO, Alfio: Clientelismo, in: "Dicionário de Política", Norberto Bobbio, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco (organizadores), 11ª edição, vol. 1. Brasília, UNB, 1998.

MORAES, Alexandre de: *Direito Constitucional*, São Paulo, Atlas, 1999.

MORAES FILHO, José Filomeno de: *A construção democrática*, Fortaleza, Editora da UFC, 1998.

MORAES FILHO, José Filomeno de: A dinâmica da Assembléia do Estado do Ceará 1995-1998, in: "O Poder Legislativo nos Estados: Divergências e convergências", org. Fabiano Santos, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2001.

NICOLAU, Jairo: Disciplina partidária e base parlamentar na Câmara dos Deputados no primeiro governo Fernando Henrique Cardoso (1995-1998), in: "Revista de Ciências Sociais Dados", vol. 43, nº. 4, 2000.

NOGUEIRA, Marco Aurélio: *As possibilidades da política – Idéias para a reforma democrática do Estado*, São Paulo, Paz e Terra, 1998.

SANTOS, Fabiano dos: Deputados Federais e instituições legislativas no Brasil: 1946-1999, *in*: “Elites políticas e econômicas no Brasil contemporâneo – A desconstrução da ordem corporativa e o papel do legislativo no cenário pós-reformas”, Renato Boschi, Eli Diniz e Fabiano Santos (organizadores) < São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SANTOS, Fabiano: Introdução, *in*: “O Poder Legislativo nos Estados: Divergências e convergências”, org. Fabiano Santos, Rio de Janeiro, Editora FGV, 2001.

WEFFORT, Francisco: *O que é deputado?* São Paulo, Editora Brasiliense, Coleção Primeiros Passos, 1986.