

**ANO II – Nº. 05**



# **JUS SCRIPTUM**

**Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**



**OUTUBRO / NOVEMBRO / DEZEMBRO**

**2006**

# Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA  
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO  
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief  
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB  
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum  
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB  
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB  
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy  
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito  
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins  
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek  
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida  
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerich  
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca  
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira  
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques  
Eduardo Alvares de Oliveira  
Francine Pinto da Silva Joseph  
Isaac Kofi Medeiros  
J. Eduardo Amorim  
José Antonio Cordeiro de Oliveira  
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira  
Marcial Duarte de Sá Filho  
Maria Vitoria Galvan Momo  
Plínio Régis Baima de Almeida  
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira  
Rafaela Câmara Silva  
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA  
NELB  
Jus  
Scriptum

NELB  
Núcleo de Estudo  
Luso-Brasileiro

  
FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA  
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO  
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA  
Ano 2 • Volume 2 • Número 5  
Out-Dez 2006 • Lisboa – Portugal  
Periodicidade Trimestral  
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro  
Fundado em 07/06/2001  
Diretoria do Biênio 2006/07

André Saddy, Presidente  
Alenуска Teixeira Nunes, Vice-Presidente  
Márcia Castro Pereira, Secretária-Geral  
Elisa Ustárroz, Diretora Científica  
Caroline Alves Salvador, Diretora Social  
Carlos Marcos Borges, Diretor Financeiro

Conselho Editorial:  
Eduardo Bruno Milhomens  
Fernando Estevam Bravin Ruy  
Paula Lins Goulart  
Rafael Freitas Machado

Conselho Deliberativo:  
Daniel Barroso  
Luiz Carlos Messias Junior  
Tiana Santos

Colaboradores:  
Alyne de Andrade de Oliveira Bezerra

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa  
Alameda da Universidade, Cidade Universitária • CP 1649014 • Lisboa • Portugal



## ÍNDICE

<b>CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS – <i>Fernando Estevam Bravim Ruy</i></b>	<b>4</b>
<b>UMA REVISÃO DOS SUJEITOS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E UM ENSAIO SOBRE UMA VISÃO NECESSÁRIA DO TERRORISMO E DOS GRUPOS TERRORISTAS – <i>Rafael Ferreira Vianna</i></b>	<b>19</b>
<b>A UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL- <i>Mateus Costa Pinheiro</i></b>	<b>53</b>
<b><i>JUS PUNIENDI</i> E GLOBALIZAÇÃO: O PUNITIVISMO ENTRE A CRISE E A EXPANSÃO – <i>Admaldo Cesário dos Santos</i></b>	<b>66</b>
<b>PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO – <i>Marlúcia Lopes Ferro</i></b>	<b>75</b>

# CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS<sup>1</sup>

**Fernando Estevam Bravin Ruy<sup>2</sup>**

Introdução; 1. Breve abordagem da doutrina; 2. Considerações conceituais sobre princípios e regras; 2.1. Natureza constitucional dos princípios; 3. Distinções entre princípios e regras; 3.1. Distinção quantitativa ou de grau: generalidade e vagueza; 3.2. Distinção qualitativa ou lógica: dimensão de peso ou importância; 4. Outras classificações: princípios constitucionais; Conclusão; Referências bibliográficas

## **Introdução**

A pesquisa realizada encontra-se dentro de um dos temas mais atuais da Teoria Geral do Direito. A pretensão, sem o compromisso de adentrar-se profundamente no conteúdo de tão vasto tema, é estabelecer as diferenças existentes e comumente estudadas entre princípios e regras jurídicas, e os reflexos que esse corte epistemológico tem nas formas de solução de conflito que há entre estas espécies que compõem o gênero norma jurídica.

Embora atualmente haja pouco espaço para discussões acerca da reconhecida juridicidade dos princípios, é imperioso dizer que, num passado não muito distante, a doutrina dos princípios não os identificava como norma jurídica. Eram tratados como simples exortações de preceitos de ordem moral ou política, sem coatividade.

Atualmente, os problemas acerca dos princípios e regras consistem nos aspectos conceituais entre essas espécies de normas jurídicas e nas suas diversidades ontológicas. Esses dois problemas têm implicações no plano prático e no campo da hermenêutica.

Nesse diapasão, o presente estudo enfrentará as discussões gerais sobre aqueles dois problemas, partindo de uma concepção doutrinária histórica a uma abordagem contemporânea, bem como suas conseqüências práticas no cenário atual, sem preocupação de adotar uma só posição doutrinária ou de sistematizar as posições por mais comuns ou diferentes que sejam.

A importância estará na apreciação dos institutos em si, com a finalidade de instigar um reflexo sobre a compreensão atual do que sejam princípios, especialmente os constitucionais, e as regras.

Não se trata da busca pela forma ou compreensão final, nem da infundável comparação

---

<sup>1</sup> A pesquisa científica aqui apresentada tem seus pilares nos estudos do Seminário de Pesquisa do Mestrado da Universidade Gama Filho, de titularidade da Professora Doutora Fernanda Duarte.

<sup>2</sup> Juiz de Direito de Entrância Especial do Estado do Espírito Santo, Professor da Universidade Federal do Espírito Santo, Professor da Escola da Magistratura do Estado do Espírito Santo, Mestre em Direito e Economia pela Universidade Gama Filho, RJ, e Doutorando em Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

de idéia que surgem nesta ilimitada matéria do direito, mas contribuir com os valores que a atualidade se propõe discutir.

## 1. Breve abordagem da doutrina

Antes de maiores considerações acerca do que sejam princípios e regras, faz-se relevante trazer à baila o entendimento de alguns doutrinadores durante a evolução histórica da questão, demonstrando que o interesse pelo tema já existe há algum tempo e de uma forma significativa.

Norberto Bobbio<sup>3</sup> procurou estabelecer as diferenças entre princípios e regras jurídicas; para tanto, trouxe relevantes considerações a respeito do tema. Em seus estudos, entende que os princípios são normas mais gerais, cujo sentido teria aplicação genérica em todo direito positivo.

Humberto Ávila, cita Karl Larenz que externa o mesmo entendimento de Josef Esser. Entendem que os princípios são normas de grande relevância no ordenamento jurídico. A grande contribuição desses autores, assim como Del Vecchio, Betti, Bobbio, foi no sentido de raciocinar os princípios com caráter normativo. Ainda para Ávila, Canaris nota duas características diferenciadoras entre princípios e regras. A uma, que os princípios teriam conteúdo axiológico explícito e prescindiriam de regras para sua concretização. A outra, que os princípios ao contrário das normas teriam “*conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação*”<sup>4</sup>.

A questão fundamental não está só em conceber os princípios e dotá-los de normatividade, tendo destarte reconhecimento no direito positivo, mas no sentido também de admitir princípios não expressos no ordenamento que são assentes por determinada sociedade e aplicáveis quando diante dos conflitos de interesses.

Partindo dessa observação, a discussão toma outro viés com Robert Alexy<sup>5</sup>, com o desenvolvimento racional do discurso jurídico, a partir da observância de regras e formas imprescindíveis ao alcance objetivo dos juízos de dever e de valor, quando demonstra que há duas espécies de normas, princípios e regras, para concluir que a diferença não é quantitativa, representada pelo grau de generalização como queria Esser há quarenta anos, mas qualitativa.

É relevante notar o significado das idéias de Dworkin, quando investe contra o

---

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *Contributi ad un dizionario giuridico*. Torino: G. Giappichelli, 1994, p. 366.

<sup>4</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27.

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p. 248.

Positivismo (*general attack on positivism*), com base em sua teoria de que argumentos jurídicos adequados repousam na melhor interpretação moral possível das práticas em vigor em uma determinada comunidade, mormente quando defende o modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a entender por princípios (*principles*). Consoante Dworkin<sup>6</sup>, as regras seriam aplicadas ao modo tudo ou nada (*all- or-nothing*), pela qual ou a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, e a consequência jurídica deve ser aceita, ou ela não é regra válida. Já os princípios possuem uma dimensão de peso, e que, na hipótese de colisão, o princípio com peso maior se sobrepõe ao outro.

Contrariando Dworkin, Alexy<sup>7</sup>, foi mais além, já que, para ele, os princípios jurídicos são espécies de normas jurídicas, pelas quais são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, conforme as possibilidades normativas e fáticas. Abordando esse conteúdo, conclui Ávila que “*a solução do conflito não se resolve com a determinação imediata da prevalência de um princípio sobre outro, mas é estabelecida em função da qual um deles, em determinadas circunstâncias concretas, recebe a prevalência*”<sup>8</sup>.

Nesse contexto, a nova observação no campo dos princípios colocou-os em absoluta evidência, os quais em sua grande maioria foram elevados à categoria de normatividade constitucional.

## **2. Considerações conceituais sobre princípios e regras**

Pelos entendimentos acima explicitados, há de se perceber que o presente trabalho não pretende tecer explicações minuciosas sobre a diferenciação entre princípios e regras.

A intenção é centrar esforços para tornar mais clara a distinção que analisaremos, na visão contemporânea, e de forma mais detida, as concepções trazidas sobre regras e princípios.

Regra, por uma rápida visão, considerando-se o básico acerca de sua definição, representa a imagem de algo estático, rígido e imutável. Contudo, embora esse seja o senso comum que prevaleça quando se pensa em regra, quando da análise e pesquisa de seu conceito de forma mais aprofundada e cercada das técnicas inerentes a qualquer estudo, não se pode afirmar de forma absoluta a imutabilidade da regra, pois o que ocorre na verdade é a adequação do fato concreto ao previsto em seus termos.

Embora princípios e regras comportem significados abstratos, a abstração e a

---

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

<sup>7</sup> ALEXY, Robert. *Op.cit.*, p. 270, nota 3.

generalidade presentes em cada um devem ser vistas de formas diferentes. Limitando a presente análise ao conceito de regras, observamos que tal generalidade se traduz na situação de ser a regra fixada para um número indeterminado de fatos e atos; no entanto a sua aplicação cingir-se-á a uma determinada e específica situação jurídica, o que traduz dessa forma, uma aplicação hermética, frisando-se que tal característica apenas se refere à sua aplicabilidade e não à sua interpretação.

Em outras palavras, a interpretação e a aplicação de regras partem de uma adequada verificação da subsunção do fato concreto à hipótese prescrita.

As regras são vistas tendo como base dois extremos, isto é, as regras ou são ou não são, são tudo ou nada. Tal característica se exterioriza pelo fato de as regras prescreverem comportamentos, obrigações, proibições e permissões, no que se refere à conduta.

Nesse passo, essa espécie normativa estabelece um fim, o qual, para se configurar, necessita da existência de forma exata do comportamento prescrito. Também outro aspecto que merece maiores considerações é a questão relativa à solução, quando da ocorrência de conflitos de regras.

Em caso de haver conflito de regras, a primeira providência a ser tomada é a imediata retirada da regra conflitante em face da incompatibilidade entre esta e a outra norma situada no mesmo plano de validade de um mesmo ordenamento. Portanto é de se notar que a resolução de conflitos de regras ficará sempre estabelecida no plano de validade dos sistemas jurídicos, diferenciando-se cada um de acordo com os diferentes critérios utilizados (hierárquico, especialidade e cronológico).

Estabelecidas essas considerações a respeito das regras, passaremos a analisar o ponto mais interessante da abordagem, que são princípios, na visão de algumas correntes doutrinárias.

A importância de se identificar a natureza jurídica dos princípios revela-se mais necessária aos direitos fundamentais, não se podendo abdicar da relevante matéria dos princípios fundamentais, apesar de terem suas características de transcendência e de serem tecnicamente desprovidos de sanção.

Na clássica conceituação de José Joaquim Gomes Canotilho, princípios “são normas que exigem a realização de algo, de melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas, e as regras são normas que, verificados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem nenhuma excepção”<sup>9</sup> e acompanhado por diversa

---

<sup>8</sup> ÁVILA, Humberto. Op. Cit., p. 29, nota 4.

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Editora Almedina, 2000,

doutrina, leciona que algumas normas se constituem em normas-sínteses ou normas-matrizes, atuando como elementos de integração para as outras normas que, em resumo, delas derivam<sup>10</sup>.

O reconhecimento da juridicidade dos princípios deu-se através do reconhecimento da existência de conformidade jurídica aos princípios, como cita Walter Claudius Rothenburg, nos termos da transcrição que segue:

Quanto à estação (Rechtsfolge, injunção), neles também comparece, embora de modo implícito, no extremo completável em outra ou outras normas jurídicas, tal como ocorre em relação a inúmeras normas jurídicas incompletas. Estas são aquelas que apenas explicitam ou o suposto de fato ou a estatuição de outras normas jurídicas, não obstante configurando norma jurídica na medida em que, como anota Larenz, existem em conexão com outras normas jurídicas, participando do sentido da validade delas<sup>11</sup>.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende princípio como:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico<sup>12</sup>.

O estudo sobre a natureza dos princípios, como definido acima, identifica uma interpretação oposta entre princípios e os demais preceitos jurídicos. Ressalta-se que a distinção quantitativa, como será visto adiante, não pode levar a uma interpretação distorcida a ponto de se imaginarem naturezas jurídicas diversas entre as regras dotadas de maior generalidade e regras de concepções concretas.

Adentrando-se nessa análise, Walter Claudius Rothenburg, citando Fábio Konder Comparato, expõe:

A virtude dessa posição extrema de identificação reside na franca admissão dos princípios como 'entes' jurídicos. Todavia, culmina por negar-lhes identidade própria. Essa tônica reducionista é atribuída a exageros positivistas, na lúcida crítica de Fábio Konder Comparato (1996:7): '...é lamentável verificar que o positivismo de superfície tem conduzido ao abandono dos princípios – necessariamente gerais – como base de toda teoria jurídica duradoura'<sup>13</sup>.

A relação dos princípios com sua definição não pode escapar da conclusão de que se trata de juízos fundamentais, dando certeza e garantia a um conjunto de juízos, sistematizados

---

p.1215.

<sup>10</sup> Há de se reconhecer as limitações da configuração binária, que enfrenta críticas especialmente em relação à corrente que estrutura a norma em três elementos, representados pela previsão, pelo operador deôntico e pela estatuição.

<sup>11</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1999, p. 13.

<sup>12</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 629.

<sup>13</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. cit., p. 14, nota 7.

somente em um conjunto. São, ainda, dentro do conceito, proposições que surgem como fundamento da validade de um sistema de reconhecimentos.

Nos ensinamentos de José Afonso da Silva, a palavra *princípio* é equívoca. Expõe o autor que ela assenta sentimentos diversos, apresentando a acepção de começo e de fim, nos seguintes termos: “*Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de propaganda, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático*”<sup>14</sup>.

A melhor adequação conceitual não está na razão extraída da natureza da norma, uma vez que esta representa preceito sobre situações subjetivas de vantagem ou de vínculo. Nesse contexto, deve-se observar a diferença, quando se adentra na análise dos *princípios fundamentais*, que exprimem noção de mandamento nuclear de um sistema<sup>15</sup>.

A multidimensionalidade do sentido da palavra *princípio*, é que, no atual estágio do estudo da Teoria Geral do Direito, em particular no Direito Constitucional, possibilita a compreensão de existência de elevado grau de juridicidade. Os princípios jurídicos, em qualquer ângulo em que se ponha o jurista, caracterizam-se por possuírem um grau de preponderância diante das demais regras que compõem o ordenamento positivado.

A desconsideração a um princípio implica ofender mandamento obrigatório, podendo comprometer o sistema regido por aquela regra base, apesar de reconhecidamente outros princípios permanecerem com fundamento.

Não se pode, contudo, desmerecer a noção de que tanto princípios quanto regras são espécies de um mesmo gênero, que é a norma jurídica.

Os princípios e as regras são normas *lato sensu*, pelo fato de que ambos dizem o que deve ser.

Apesar de não ser uma preocupação direta deste trabalho, há de ser considerada a existência de classificação que impõe uma terceira via, a norma *goals* (ou *policies*), na qual são configurações normativas diferenciadas, com distinta morfologia normativa. Decorreriam, portanto, três modalidades de normas: as regras, com previsão e estatuição fechadas; os princípios, com previsão aberta e estatuição fechada; e os *goals*, com previsão e estatuição abertas.<sup>16</sup>

## 2.1. Natureza constitucional dos princípios

---

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 95.

<sup>15</sup> Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Op cit*, p. 450-1, nota 8.

<sup>16</sup> Apesar de não ser uma preocupação direta deste trabalho, há de ser considerada a existência de classificação que impõe uma terceira via, a norma *goals* (ou *policies*), na qual são configurações normativas diferenciadas, com distinta morfologia normativa. Desta classificação decorreriam, portanto, três modalidades de normas: as regras, com previsão e estatuição fechadas; os princípios, com previsão aberta e estatuição fechada; e os *goals*, com previsão e estatuição abertas.

Com a nova importância dos princípios surgiram os de natureza constitucional, representando um universo de normas gerais elevadas à categoria constitucional, seja por sua natureza e importância, seja por opção política.

A doutrina nacional expõe conceitos e definições que justificam as análises que se seguem:

Paulo Bonavides<sup>17</sup> reconhece que os princípios constitucionais são normas jurídicas e que as normas compreendem as regras e os princípios. Baseia-se em Esser, para assegurar que os princípios atuam sistematicamente como normas, compreendendo a parte jurídica e dogmática do sistema normativo.

Conforme considerações já expostas, extrai-se a importância dada a um princípio, em particular, quando elevado à categoria constitucional. Segundo Bonavides, “*violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos*”<sup>18</sup>.

A própria constituição não representa um conjunto exclusivamente jurídico, consolidando a coletânea como repositória natural dos princípios.

Diferente do que se já interpretou, um princípio constitucional não representa a definição de complementação a uma ordem, mas compõe-se da necessária observância ao próprio poder público do Estado, submetido ao seu comando ou a qualquer partícipe.

Cármem Lúcia Antunes Rocha<sup>19</sup> define princípios constitucionais como valores supremos encontrados na sociedade. Coloca-os como sendo a raiz e a meta de todo o sistema constitucional, o que os transforma em institutos jurídico-normativos de eficácia plena, inseridos na Carta Magna.

Ivo Dantas<sup>20</sup> ensina que os princípios fundamentais irradiam seu conteúdo sobre a totalidade das demais disposições constitucionais, resultando que os princípios gerais afetam os subsistemas, mesmo que inseridos na Constituição Federal.

Carlos Ari Sundfeld<sup>21</sup> baseia-se na concepção de que a enunciação dos princípios que fazem parte do ordenamento tem como função inicial o auxílio do conhecimento jurídico, sendo os princípios constitucionais verdadeiras normas jurídicas que devem ser consideradas para o deslinde das questões surgidas nas relações sociais.

---

<sup>17</sup> Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 270.

<sup>18</sup> Id. *Ibidem*, p. 279.

<sup>19</sup> Cf. ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.21.

<sup>20</sup> Cf. DANTAS, Ivo. *O valor da Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, na apresentação.

<sup>21</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 145.

Isso resulta no entendimento de que princípios constitucionais são normas superiores às das regras, uma vez que determinam o sentido e o alcance das regras *stricto sensu*<sup>22</sup>.

### 3. Distinções entre princípios e regras

Atualmente, os princípios estão amplamente diversificados, reconhecidamente com predominância em forma, quando assentados na Constituição, resultando, com as novas concepções da teoria dos princípios, em exigência sobre a doutrina para uma análise de seus confrontos abordados neste estudo, mesmo sem a finalidade de esgotar o tema, em uma visão de distinções quantitativa e qualitativa sobre as regras.

#### 3.1. Distinção quantitativa ou de grau: generalidade e vagueza

As conceituações já expostas demonstram que os princípios são dotados de elevado grau de abstração, não significando, contudo, sua impossibilidade de determinação imediata.

A existência do critério de generalidade implica uma distinção importante, porém somente de graduação e não de essencialidade.

A generalidade é um critério muito utilizado pelos autores, o que não concretiza diferença, senão apenas em um campo da relação de diferenças entre princípios e regras.

Joaquim Gomes Canotilho relaciona o critério da generalidade com o *grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto<sup>23</sup>.

Princípios informam sistemas e se estendem a todos os ordenamentos e até mesmo a outros sistemas próprios ou específicos. Têm em seus corpos a determinabilidade e assim são identificados, como norteadores, mas sem teor de especificidade, tendo a vagueza como elemento de referência.

Jane Pereira e Fernanda Duarte lecionam que a distinção quantitativa se refere ao que a doutrina chama de distinção fraca, esclarecendo que a base de diferença “*das teorias de distinção forte é a concepção de que os princípios não guardam diferença de ordem lógica ou substancial em relação às regras*”, e subscrevem Riccardo Guastini como paradigma da corrente de distinção fraca, esclarecendo a caracterização dos princípios jurídicos a partir de três critérios: “*as relações com outras normas; o tipo de formulação lingüística; a*

---

<sup>22</sup> As constituições possuem tanto norma regra como norma de princípio.

<sup>23</sup> Cf. CANOTILHO, op. cit, p. 166, nota 6.

*generalidade*”<sup>24</sup>.

Apesar de Guastini<sup>25</sup> afirmar que o critério de generalidade não é muito preciso, pois mesmo as regras também possuem uma *zona de penumbra*, há de se concordar que o caráter de generalidade ou até de vagueza não significam imprecisão, mas indicam a possibilidade de propiciar uma grande gama de direção.

Para Walter C. Rothenburg, a generalidade e a vagueza:

não se confundem, quando se considera generalidade apenas em relação ao âmbito de abrangência (quantidade de situação) e não em relação ao conteúdo (tipo de situação). Acrescenta o citado autor que uma norma pode ser precisa em seu significado mas genérica em seu alcance, como a que diz que ‘ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei’ (Constituição brasileira de 1988, artigo 5º, VI)<sup>26</sup>.

O princípio estende-se a um número ilimitado de atos ou fatos, comportando uma série indeterminada de aplicações. Amolda-se a diferentes situações, acompanhando a evolução e a modificação dos sistemas e da evolução social.

Essa força impõe a responsabilidade de que o conteúdo do princípio esteja devidamente precisado e sopesado em sua específica aplicação.

### **3.2. Distinção qualitativa ou lógica: dimensão de peso ou importância**

As teorias que por muito tempo defenderam uma profunda dissociação dos conceitos de normas e princípios, levando a igualar as regras às normas, não mais prosperaram como outrora. Conforme foi abordado neste estudo, após as observações de Robert Alexy e do jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, sucessor de Herbert Hart na cátedra de *Jurisprudence na Universidade de Oxford*, essa dissociação foi superada.

Tanto para Dworkin quanto para Alexy, evidenciam-se as diferenças entre regras e princípios a partir da forma de solução diante do caso em conflito.

Nessa linha de pensamento, Jane Pereira e Fernanda Duarte lecionam:

“Enquanto as regras são aplicadas na forma de disjuntivas (tudo ou nada) – a partir da aferição de sua validade – os princípios incidem de forma diferente, porque não estabelecem conseqüências jurídicas que devem ocorrer automaticamente quando determinadas condições se apresentem. Por essa razão, quanto aos princípios, não há como prever todas as possíveis formas de aplicação que podem ensejar, pois estes

---

<sup>24</sup> Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas; A Estrutura das Normas Constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Org.). *Os princípios constitucionais da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 10-1.

<sup>25</sup> Abud PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. Op cit., p. 10, nota 18.

<sup>26</sup> ROTHENBURG, op. cit, p. 18, nota 7.

enunciam razões que indicam determinada direção, sem exigir uma decisão particular”<sup>27</sup>.

Apesar de os princípios não estarem acobertados por preceitos específicos e precisos, uma norma constitucional (princípio) deve ser aplicada independentemente da sistematização do ordenamento por meio de uma regra de direito, reconhecendo que o conflito entre os princípios deve ser apreciado através de uma composição de um peso ou de uma importância, em que um cede espaço ao outro, sem que o de menor dimensão perca sua validade.

As regras não comportam a mesma referência distintiva quando conflitantes, pois o afastamento de uma regra se dá em função de um processo hierárquico, cronológico ou da especialidade.

Contudo, na apreciação dessa distinção, os princípios são algo lógico ou qualitativamente distintos das normas (regras)<sup>28</sup>.

#### **4. Outras classificações: princípios constitucionais**

Inúmeras são as referências classificatórias aos princípios e às regras constitucionais, com os autores oferecendo as mais variadas concepções.

As classificações são posições doutrinárias que facilitam o entendimento e o reconhecimento de uma determinada figura jurídica. Não obstante as diferenças observadas entre princípios e regras, a classificação segue critérios, pelos quais o estudo das normas é transcendentemente aproveitado pelos dos princípios.

José Joaquim Gomes Canotilho<sup>29</sup> trata os princípios em quatro níveis: a) *princípios jurídicos fundamentais*, representando os princípios gerais do direito; b) *princípios políticos constitucionalmente conformadores*, que representam opções políticas centrais e refletem a forma ideológica da constituição adotada em um país, como os que definem poderes do Estado; c) *princípios constitucionais impositivos*, bem característicos nas constituições dirigentes, uma vez que impõem a realização de fins e a execução de tarefa aos poderes, como o princípio da independência nacional e da correção das desigualdades; d) *princípios-garantia*, os mais próximos das regras, com força normativa, permitindo estabelecer garantias para o cidadão, como o princípio do juiz e do promotor natural.

Outras referências, acentuadamente didáticas, também são de relevo para o estudo das

---

<sup>27</sup>PEREIRA, Jane; DUARTE, Fernanda. Op. cit., p. 09, nota 18.

<sup>28</sup>Cf. SANCHIS, Luis Prieto. *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 131.

<sup>29</sup>Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit, p. 170, nota 6.

classificações. Ressaltam-se ainda as classificações de Luis Roberto Barroso e Edilson Pereira de Farias.<sup>30</sup>

Luis Roberto Barroso relaciona os princípios como: a) *princípios fundamentais*, a exemplo do republicano, do estado democrático de direito, da separação dos poderes e outros; b) *princípios constitucionais gerais*, equivalentes a desdobramentos menos absolutos dos princípios fundamentais, a exemplo do princípio da legalidade; c) *princípios setoriais ou especiais que abarcam* um número específico de normas e partem de um conteúdo, tema ou título, do texto constitucional.

Edilson Pereira de Farias expõe sua classificação em: a) *princípios explícitos ou positivos*, que estão subscritos na constituição ou na lei; quando na Constituição, subdividem-se em: *princípios estruturais ou fundamentais*, representantes das decisões políticas fundamentais do constituinte; *princípios constitucionais impositivos ou diretivos*, ligados às necessidades coletivas de natureza econômica, social e política; e *princípios-garantia*, referentes às normas constitucionais que estabelecem uma garantia individual; b) *princípios implícitos ou princípios gerais do direito*, que não estão presentes em norma, mas têm respaldo no direito positivo; c) *princípios supraconstitucionais ou extra-sistêmicos*, que têm origem fora e acima do direito positivo, não se extraíndo por dedução, nem por indução de norma existente, citado como exemplo pela doutrina, os princípios da precedência da lei no âmbito normativo.

Não há uma classificação que atenda as muitas considerações. Todas podem ser utilizadas e adotadas em sistema bem didático, importando ser o critério classificador coerente, orientando e aglutinando princípios afins, como meio de possibilitar, revelar características e melhor proporcionar a formação de conhecimento.

A autonomia conceitual dos princípios constitucionais positivos pode passar ainda, sem preferência de posição doutrinária, por critérios que se revelam classificatórios.

Identificam-se como princípios *político-constitucionais* e os princípios *jurídico-constitucionais*.<sup>31</sup>

Princípios *político-constitucionais* são concretizações de decisões políticas fundamentais. Sustentam-se sobre normas inseridas no sistema constitucional positivo. Vezio Crisafulli informa que normas-princípio são “*normas fundamentais de que derivam logicamente (e em que, portanto, já se manifestam implicitamente) as normas particulares*

---

<sup>30</sup> Cf. ROTHENBURG, Walter Claudius. Op. cit, p. 68-69, nota 7.

<sup>31</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit, p. 96-7, nota 10.

*regulando imediatamente relações específicas da vida social*<sup>32</sup>.

Gomes Canotilho lembra que os princípios politicamente conformadores são princípios constitucionais, que explicitam as valorações políticas fundamentais do constituinte.

Essas opções políticas fundamentais são *princípios fundamentais*, que estão, a exemplo na nossa Constituição Federal, nos artigos do 1º ao 4º. São de natureza variada, pois visam a definir e essencialmente a caracterizar a coletividade tanto na política quanto na própria estrutura do Estado, enunciando as opções chamadas *político-constitucionais*.

A Constituição Federal utilizou-se dos princípios fundamentais, estabelecendo princípios não só os relativos à existência, forma, estrutura e tipo de Estado, e à organização da sociedade, ao regime político, à prestação positiva do Estado, mas também os relacionados à comunidade internacional.

Já os Princípios *jurídico-constitucionais* gerais compõem a ordem jurídica nacional. Entre eles estão os decorrentes de certas normas constitucionais e os princípios-garantia, identificados particularmente na nossa Constituição Federal, artigo 5º, incisos XXXVIII a LX.

Os princípios *jurídico-constitucionais*, como foi dito, estão delineados na Constituição, identificando-se com o princípio da legalidade, o da retroatividade da lei mais benéfica ao réu, o da punição à discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, o da prática de racismo, o da individualização da pena, o do devido processo legal, o do juiz natural, o do contraditório, o da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito e outros.

## **Conclusão**

O escopo deste estudo não foi investigar todas as concepções conceituais dos princípios constitucionais, nem esgotar a distinção entre princípios e regras, nem tampouco limitá-la à distinção quantitativa ou de grau e à distinção qualitativa ou lógica.

A descrição dos principais pensamentos da doutrina dos princípios, tratados inicialmente como simples exortações sem força de comando de direito, norteou o trabalho a fim de demonstrar o resultado de hoje em que grande respeito e aplicabilidade são declinados aos princípios.

Nomes como os de José Joaquim Gomes Canotilho, lembrado em vários pontos deste trabalho; de Ronald Dworkin e Robert Alexy, no momento em que foi necessário adentrar-nos

---

<sup>32</sup> Id, *Ibidem*, p. 97.

nas distinções, ofertaram uma gama de valores, com resultado muito mais do que a análise de que princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.

Sem desmerecer as considerações extraídas dos pensadores de outras nacionalidades, abordar especialmente as doutrinas brasileira e portuguesa sobre este tema tão abrangente em muito fortaleceu os conceitos necessários para a conclusão de que os princípios constitucionais são normas gerais elevadas à categoria constitucional, quer por sua natureza e importância, quer por opção política.

Como não bastasse a importância pela própria relação formal que tem um princípio constitucional com o ordenamento, sua violação tem o reconhecimento de ser muito mais grave do que transgredir uma regra qualquer, pois estariam sendo violados valores supremos encontrados na sociedade, institutos que pertencem ao centro da meta de todo o sistema constitucional.

Reconhece-se que os princípios são dotados de elevado grau de abstração, não significando, contudo, sua impossibilidade de determinação imediata. A generalidade, muito utilizada pelos autores estudados, vem, juntamente com as relações com outras normas e tipo de formação lingüística, formar o quadro de distinção quantitativa ou de grau.

A distinção entre princípios e regras foi também identificada levando-se em consideração sua natureza qualitativa ou lógica, em que os princípios representam a expressão primeira dos valores fundamentais, informando materialmente as demais normas. Reserva-se que o conflito entre os princípios deve ser apreciado através de uma composição de um peso ou de uma importância, em que um cede espaço ao outro, sem que o de menor dimensão perca sua validade. Por outro lado, impõe-se o afastamento de uma regra em função de um processo hierárquico, cronológico ou da especialidade.

Ainda com a finalidade de melhor compreender o fenômeno dos princípios, o trabalho adentrou-se em algumas classificações, reconhecendo-as como posições doutrinárias que facilitam o entendimento e o reconhecimento de uma determinada figura jurídica, sistematizando-os basicamente em quatro níveis: a) *princípios jurídicos fundamentais*, representando os princípios gerais do direito; b) *princípios políticos constitucionalmente conformadores*, que representam opções políticas centrais; c) *princípios constitucionais impositivos*, bem característicos nas constituições dirigentes; e, d) *princípios-garantia*, os mais próximos das regras, com força normativa, permitindo estabelecer garantias para o cidadão.

Os princípios constitucionais foram também estudados com a divisão em princípios

político-constitucionais, concretizações de decisões políticas fundamentais, e os princípios jurídico-constitucionais, compondo-se pela ordem jurídica nacional, como certas normas constitucionais e os princípios-garantia.

Operou-se verdadeiramente uma revolução de juridicidade sem precedentes no estudo do constitucionalismo, e a inicial concepção de princípios gerais se transformou em princípios constitucionais, movimento participado também pelo sistema brasileiro, possibilitando fornecer elementos jurídicos hábeis para melhorar a compreensão do significado da norma, sem distinção de sua fonte ou ramo do direito.

Bem verdade é que não há uma classificação que atenda a todas as considerações, mas entender sua importância já representa suficiente referencial para seu estudo dos princípios constitucionais.

Diante dessas considerações, a conclusão revela-se conformadora de que os princípios constitucionais têm a mais significativa importância normativa para o sistema jurídico, pois os princípios prevêm importantes valores éticos e políticos numa sociedade firmada no Estado Democrático de Direito.

Diante desses valores abordados, deixo o conteúdo deste estudo aberto a críticas, representando assim seu primordial objetivo: o de fomentar o debate.

## **Referências**

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação Jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1999.

BOBBIO, Norberto. Contributi ad un dizionario giuridico. Torino: G. Giappichelli, 1994.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Lisboa: Editora Almedina, 2000.

DANTAS, Ivo. O valor da Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para

uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: RT, 1999. v. 2.

LIMA, George Marmelstein. A força normativa dos princípios constitucionais. Disponível em: <<http://www.georgelimahpg.ig.com.br/art7.htm>>. Acesso em: 11 abr. 2005.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas. A Estrutura das Normas Constitucionais: notas sobre a distinção entre princípios e regras. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Org.). Os princípios constitucionais da constituição de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-24.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais. Porto Alegre: Editora Sérgio A. Fabris, 1999.

SANCHIS, Luis Prieto. Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. São Paulo: Malheiros, 2002.

# UMA REVISÃO DOS SUJEITOS DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO E UM ENSAIO SOBRE UMA VISÃO NECESSÁRIA DO TERRORISMO E DOS GRUPOS TERRORISTAS

**Rafael Ferreira Vianna<sup>1</sup>**

*Introdução; 1. Visão geral dos já reconhecidos sujeitos de direito internacional público; 1.1. Estado; 1.2. Organizações internacionais; 1.3. Indivíduo; 1.4. Coletividades não estatais; 1.4.1. Santa Sé; 1.4.2. Beligerantes, insurgentes e movimentos de libertação nacional; 1.4.3. Cruz vermelha internacional; 1.4.4. Ordem soberana de Malta; 2. Conceito de terrorismo; 3. Classificação das formas ou tipos de terrorismo; 3.1. Terrorismo de Estado; 3.2. Terrorismo mercenário; 3.3. Terrorismo religioso e terrorismo de grupos marginais; 3.4. Terrorismo político; 3.5. Terrorismo de guerra; 4. Alguns momentos históricos relevantes do terrorismo e de seu estudo; 4.1. Roma; 4.2. Agostinho, Grotius e Vattel; 5. Reflexões sobre sujeitos de DIP, terrorismo e grupos terroristas; 5.1. O problema do conceito de terrorismo e grupos terroristas ou um conceito realista e uma possível forma de evitar o terrorismo; 5.2. O possível reconhecimento dos grupos terroristas como sujeitos de direito internacional público; 5.3. Também é necessário refletir as reflexões de Habermas e Derrida; Conclusão; Referências.*

## **Introdução**

O terrorismo é um dos temas mais atuais no Direito Internacional Público (DIP), pois, após os atentados de 11 de setembro, os Estados da Comunidade Internacional buscam uma solução para este fenômeno. O problema é que não se tem um conceito adequado de terrorismo, sua limitação, qual a função da ONU ou qual a legitimidade de uma guerra contra o terror, contra um ente não estatal. Este artigo tem como base minha monografia apresentada para a conclusão do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, no ano de 2005, buscando-se uma visão crítica do terrorismo e não apenas o repudiando. Questiona-se se a tática do terror não é por vezes utilizada por Estados soberanos sem que a Comunidade Internacional nada faça para evitá-lo, quando o terrorismo internacional existe, quais os seus agentes, como evitá-lo, qual a função do DIP e como impedir que um discurso anti-terrorista seja utilizado para impossibilitar qualquer luta legítima de libertação, independência ou reconhecimento internacional de nações e povos. Tal estudo também se mostra importante para que o “combate ao terrorismo” não se torne a

---

<sup>1</sup> Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, licenciado pela Universidade Federal do Paraná em 2005, pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, mestrando em Ciências Jurídicas-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

chave e a desculpa para todo tipo de violação aos direitos civis e aos direitos fundamentais da pessoa.

Deve-se esclarecer que o terrorismo e os grupos terroristas não podem ser estudados e entendidos de maneira reducionista, sendo necessário uma abordagem interdisciplinar e ampla. No entanto, para a publicação deste artigo fez-se necessário um corte metodológico e o delineamento dos pontos mais relevantes e iniciais no estudo do tema. Espera-se, apenas, que o problema proposto traga uma reflexão sobre a maneira de conceber o terrorismo, os grupos terroristas e os sujeitos de Direito Internacional Público.

Não se pode desprezar o conselho de Afonso G. Ferreira, diretor de pesquisa do Centre National de la Recherche Scientifique, e Walnice Nogueira Galvão, professor titular de Teoria Literária e Literatura da USP, que alertam que a Comunidade Internacional deve conversar agora para não ser chantageada mais tarde. Eles explicam que todos os grupos terroristas têm mais do que simples violência gratuita, buscando sempre um ideal político, um reconhecimento ou melhores condições para seu povo. Querem, enfim, que sua causa seja ao menos respeitada e ouvida. Estas “ONGs terroristas”, como os estudiosos chamam os grupos terroristas, mais cedo ou mais tarde terão acesso a armamento nuclear e o que hoje gera pânico e mortes será muito maior. Por isso, defendem os dois, um governo soberano de um Estado reconhecido pela Comunidade Internacional deve abrir um canal de comunicação com os grupos terroristas, pois mais tarde haverá esta necessidade mediante chantagem<sup>2</sup>.

Para, ao menos, iniciar a reflexão sobre todas as questões levantadas acima, o presente artigo demonstra a dificuldade de se delimitar quais são os sujeitos de DIP, partindo para uma tentativa de conceituação do terrorismo e concluindo com uma idéia sobre uma possível alternativa da compreensão do terrorismo, dos grupos terroristas e da forma de evitá-los.

Alerta-se, desde já, que a leitura deste artigo exige em todo momento a desconfiança e a dúvida, pois todas as conclusões são meros pontos de partida para a investigação, abrindo novos horizontes para discussões e descobertas.

## **1. Visão geral dos já reconhecidos sujeitos de direito internacional público**

---

<sup>2</sup> FERREIRA, Afonso G.; GALVÃO, Walnice Nogueira. Diálogo agora ou chantagem mais tarde? Folha de São Paulo. São Paulo, 12 out., 2004. Caderno Opinião, p. A3.

Em primeiro lugar, é necessário lembrar que sujeitos de direito são os destinatários das normas jurídicas, ou seja, os destinatários de direitos e deveres em um ordenamento jurídico. O Direito Internacional Público pode ser entendido como um ordenamento jurídico constituído por normas advindas, basicamente, das seguintes fontes: costumes, convenções e tratados internacionais. Destes dois pressupostos pode-se concluir que para se determinar quem são os sujeitos de DIP basta analisar quem são as pessoas, grupos ou entidades que são os destinatários dos costumes internacionais e das normas estabelecidas em tratados, não sendo necessário avaliar se a pessoa, juridicamente entendida, pode buscar ou exercer seus direitos diretamente em um Tribunal Internacional. Não se pode confundir personalidade jurídica com capacidade, pois apenas esta se preocupa com o exercício de direitos e deveres diretamente pelo sujeito. Muitos juristas internacionalistas defendem que só podem ser sujeitos de DIP aqueles que podem agir diretamente no âmbito internacional. No entanto, uma criança não pode agir diretamente no âmbito do direito interno e nem por isso ela deixa de ser sujeito de direito.

Muitas entidades não têm as características traçadas pela doutrina tradicional como essenciais para serem sujeitos de DIP, mas o são, tão somente, por serem destinatárias de normas da Comunidade Internacional. Muitas coletividades não estatais, e os próprios indivíduos, não podem fazer tratados ou buscar diretamente seus direitos nas Cortes Internacionais, mas, visto que o DIP rege muitas de suas relações, são aceitos como sujeitos de direito internacional. Vale lembrar o que diz Celso de Albuquerque Mello:

Ao conceito de pessoa internacional não interessa saber se a determinado ente, ao lhe ser atribuída a personalidade internacional, também lhe é outorgada a capacidade de agir no plano internacional, ou se ele participa da elaboração das normas internacionais.<sup>3</sup>

Outra discussão que existe na doutrina é se há no DIP normas atributivas de personalidade. Uma corrente defende que existem normas gerais que trazem certas condições para se reconhecer a personalidade jurídica. Já a outra corrente defende que as normas internacionais têm sempre um destinatário em concreto e que este se torna pessoa internacional. Celso de Albuquerque Mello traz uma posição que parece adequada em relação a tal discussão: existem normas que trazem as condições para se atribuir personalidade internacional a certos entes, como os Estados; e existem outros entes que se tornam sujeitos de DIP sem que haja uma

---

<sup>3</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 319.

norma que lhes outorgue a personalidade. Para Celso de Albuquerque Mello existem três condições para se identificar um sujeito de DIP: ser destinatário de normas internacionais, ter fins compatíveis com a sociedade internacional e ter uma organização que lhe permita ter relações com os demais sujeitos internacionais. Questiona-se se a condição de ter fins compatíveis com a sociedade internacional realmente pode ser uma condição para um ente ter personalidade, pois uma pessoa pode ter fins contrários ao ordenamento jurídico e continua sendo sujeito de direito. Exemplos são os Estados que iniciam guerras injustas e os criminosos de guerra, que apesar de terem fins incompatíveis com a sociedade internacional continuam a ser sujeitos de DIP.

Os diferentes sujeitos de DIP sempre são frutos de um momento histórico ou de uma evolução que os leva a atingir tal status. A Igreja Católica teve grande contribuição em todo desenvolvimento do DIP, sendo o reconhecimento de sua personalidade internacional decorrente de um momento histórico e não de requisitos jurídicos.

No direito interno existem diferentes atuações dos sujeitos de direito, como a criança que não tem a capacidade de agir, o homem adulto que não tem os mesmos direitos e deveres de uma pessoa jurídica, como esta que não pode votar para eleger seus representantes; mas não são estas diferenças que fazem algum ente ser ou não sujeito de direito. Não se pode exigir que todos os entes com personalidade internacional tenham os mesmos direitos, deveres e capacidade que os Estados, devendo-se refletir sobre quem efetivamente deve ser considerado sujeito de DIP a partir da verificação no caso concreto para quem são os tratados, o costume internacional e as decisões dos Tribunais Internacionais.

A Santa Sé, a Cruz Vermelha Internacional e a Ordem Soberana de Malta passaram a ser sujeitos de DIP devido a momentos históricos que lhes atribuíram direitos e deveres no âmbito internacional, devendo-se questionar se os grupos terroristas hoje não são destinatários das normas internacionais, devendo ser julgados segundo as regras de Direito Internacional Público. Parece que os grupos terroristas não são simples objetos de estudo do DIP, sendo atores influentes e destinatários das relações e normas jurídicas internacionais.

Quais são os sujeitos de Direito Internacional Público? Como defini-los? Como classificá-los? Estas perguntas são feitas por todos os juristas internacionalistas, sendo importante as lições de Celso de Albuquerque Mello. O internacionalista brasileiro mostra que para se entender os sujeitos de DIP deve-se, como ensinou Aguilar Navarro, analisar três dimensões: a sociológica, sendo a personalidade internacional reconhecida àqueles entes que influem e atuam na

comunidade internacional; a dimensão histórica, a qual revela que não existem sujeitos fixos, havendo uma variedade de entes que poderiam ser pessoas internacionais e que efetivamente são de acordo com o momento histórico vivido e a força decisória na comunidade internacional; e a dimensão lógica-jurídica que defende que ao criar normas de conduta os seus criadores estabelecem a qual ente esta norma é dirigida.

Partindo da análise destes três critérios Celso de Albuquerque Mello conclui que existe uma grande variedade de pessoas internacionais, bastando para tanto ser destinatário de direitos e deveres, não tendo importância alguma se pode atuar diretamente nas Cortes Internacionais, assinar tratados ou não. Repise-se: a capacidade não pode ser confundida com a personalidade jurídica, pois, como argumenta Celso de Albuquerque Mello, *“a incapacidade deve ser admitida no DIP. Determinado ente pode possuir personalidade e ser incapaz: é o que ocorre com o homem”*<sup>4</sup>.

Para iniciar a reflexão sobre quem são os sujeitos de DIP e se os grupos terroristas podem ser considerados como sujeitos de direito, tanto para serem julgados perante Cortes Internacionais quanto para serem detentores de certos direitos, deve-se fazer uma breve e superficial revisão dos reconhecidos sujeitos de Direito Internacional Público: a) as coletividades estatais; b) as coletividades interestatais ou organizações internacionais, como ONU, OEA, Mercosul, União Européia e outros; c) os indivíduos; e d) as coletividades não estatais, sendo aqui enquadrados todos os entes que são destinatários do DIP, mas que não podem ser classificados entre os sujeitos anteriores.

### **1.1. Estado**

O Estado é o mais importante sujeito de DIP, sendo o ente capaz de ter obrigações, ditar deveres e se relacionar no âmbito internacional. A Convenção de Montevideu de 1933 apresentou requisitos para que um Estado seja reconhecido como pessoa internacional, os chamados elementos constitutivos do Estado.

O primeiro elemento é a população permanente ou povoação permanente, sendo um total de pessoas que ocupam certa região geográfica ou espaço territorial. São os nacionais e estrangeiros fixos permanentemente em um território. O segundo elemento constitutivo é o

---

<sup>4</sup> *Ibid.* p. 322.

território fixo ou determinado, sendo assim considerado um espaço de terra definido, com fronteiras delimitadas. Existem vários tipos de territórios podendo ser terrestre, marítimo, fluvial, lacustre e aéreo. O terceiro elemento constitutivo para existir um Estado é o governo soberano: um governo que deve ser efetivo e estável, ter capacidade de autogovernar-se, autoadministrar-se e autoorganizar-se. Há muita discussão sobre a existência, na atualidade, da soberania internacional, não podendo tal tema ser abordado por não ser objeto principal deste artigo. Por fim, o quarto elemento indispensável para um Estado ser sujeito de DIP é a capacidade de relacionar-se internacionalmente, ou seja, o “*ius legationes*”, a capacidade do Estado desenvolver a cortesia, solidariedade e diplomacia internacional.

Apesar dos Estados não serem mais os únicos sujeitos de direito da ordem internacional, continuam a ser os principais e mais atuantes, os que deram origem ao próprio Direito Internacional Público.

## **1.2. Organizações internacionais**

As organizações internacionais constituem uma realidade na sociedade internacional, pois os Estados se associam permanentemente, ante a constatação que não podem realizar todas as suas aspirações sozinhos ou que elas se tornam mais fáceis de serem alcançadas quando ocorre a cooperação e a associação com outros Estados. A associação voluntária de sujeitos de direito internacional que, constituídos por um ato internacional e disciplinados por normas internacionais, têm uma finalidade comum e é regida por um ordenamento jurídico interno próprio são elementos que dimensionam a idéia de organização internacional.

Ressalte-se que a voluntariedade dessa associação deve-se à preservação dos elementos constitutivos de seus integrantes enquanto sujeitos de DIP, sendo que a organização internacional visa objetivos comuns, regidos e buscados pelo consenso de seus membros.

São, portanto, características das organizações internacionais: a associação voluntária de sujeitos do Direito Internacional, o ato institutivo internacional, a personalidade internacional, o ordenamento jurídico interno, a existência de órgãos próprios e o exercício de poderes próprios. É através destes elementos que se reconhece uma organização internacional, pessoa de DIP<sup>5</sup>. Ressalte-se que não há grandes discussões sobre a personalidade jurídica destas organizações,

---

<sup>5</sup> SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. 15. ed. São Paulo:

pois são destinatárias de direitos e deveres no âmbito internacional, criam normas internacionais e podem buscar diretamente a sua efetivação e aplicação.

### **1.3. Indivíduo**

Existe grande discussão acerca de se considerar o indivíduo como um sujeito de DIP ou não, mas este artigo busca apenas resgatar algumas idéias sobre os sujeitos de DIP, não se aprofundando na discussão. Cabe destacar que para Celso de Albuquerque Mello negar a personalidade internacional do homem é negar ou deturpar a existência de uma série de institutos da vida jurídica internacional. Observe-se os argumento do próprio autor:

O Direito, seja ele qual for, se dirige sempre aos homens. O homem é a finalidade última do Direito. Este somente existe para regulamentar as relações entre os homens. Ele é um produto do homem. Ora, não poderia o Direito Internacional negar ao indivíduo a subjetividade internacional. Negá-la seria desumanizar o Direito Internacional e transformá-lo em um conjunto de normas ocas sem qualquer aspecto social. Seria fugir ao fenômeno da socialização, que se manifesta em todos os ramos do Direito.<sup>6</sup>

Ser destinatário de direitos e deveres no âmbito internacional é elemento suficiente para que se considere o indivíduo sujeito de DIP, não sendo necessária a análise da atuação do indivíduo perante as Cortes Internacionais. Isto faz parte da capacidade internacional do indivíduo e não é relativo à sua personalidade jurídica internacional. Ademais, existem diversas situações em que o indivíduo se coloca em relação direta com sujeitos de DIP ou com órgãos internacionais, não tendo influência alguma a sua nacionalidade. Temos como alguns exemplos o caso dos apátridas, dos criminosos de guerra e dos autores de crimes contra a humanidade, que podem ser réus no Tribunal Penal Internacional, e o indivíduo que pode propor ações diretamente na Corte Européia de Direito Humanos.

### **1.4. Coletividades não estatais**

Neste ponto não existe consenso entre quais são sujeitos de direito e sob qual fundamento. Há dúvida se estas coletividades não estatais ocupam posição similar aos Estados, se são

---

Saraiva, 2002, p. 207.

<sup>6</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Op. cit.* p. 738.

destinatárias de direitos e deveres, quais características as transformam em pessoa internacional e muitas outras dúvidas que não poderão ser abordadas neste artigo, sob pena de não se estudar o terrorismo, tema a que se propõe o artigo.

#### **1.4.1. Santa Sé**

A história da Igreja Católica no Direito Internacional tem fases diversas e interessantes, sendo necessário relembrar algumas passagens. Desde o início da Idade Média os papas exerciam o poder temporal, ou seja, eram chefes de Estados e tinham o governo efetivo de Roma e da parte central da Itália, assim como detinham o poder atemporal ou espiritual. Em meados do séc. XIX surge o movimento pela unificação da Itália e em 1870 ela realmente se efetiva, incorporando-se os Estados da Igreja. É o fim do poder temporal do papa, uma vez que perdeu sua base territorial. No entanto, o papado nunca reconheceu tal situação e sempre se considerou um governo no exílio, mantendo relações diplomáticas com outros Estados. Foi quando pela primeira vez o DIP se confrontou com um sujeito de DIP que não um Estado soberano. Tal dúvida, sobre a possibilidade de existir um sujeito de DIP que não um Estado, durou até 1929, quando Benito Mussolini e o Papa Pio XI assinaram o tratado de Latrão, momento em que a Itália admite a soberania da Santa Sé na cidade do Vaticano e assim põe fim à Questão Romana<sup>7</sup>.

A unificação da Itália iniciou sérias discussões sobre se Santa Sé tinha ou não personalidade internacional, sendo que até hoje não existe consenso entre os estudiosos do Direito Internacional. Alguns doutrinadores da época acreditavam que pelo fato da Santa Sé não ter território nem população, o papado seria um objeto de DIP; enquanto outros doutrinadores diziam que a Santa Sé ainda tinha a soberania espiritual, já que esta existe sobre pessoas e não sobre território, permanecendo como pessoa internacional<sup>8</sup>. Na prática, o Papado continuou a ser considerado sujeito de DIP pelos outros Estados, pois continuou a receber e enviar missões diplomáticas. A discussão que se trava nos dias de hoje é quem efetivamente é o sujeito de DIP, se a Igreja Católica ou o Vaticano.

#### **1.4.2. Beligerantes, insurgentes e movimentos de libertação nacional**

---

<sup>7</sup> SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. *Op. cit.* p. 175.

Beligerante é um instituto que reconhece revoltosos como pessoas de DIP, sendo criado devido a uma necessidade histórica. Este instituto só é aplicado quando existe uma revolução de grande porte, onde revoltosos formam tropas regulares e tem sob seu controle parte do território estatal<sup>9</sup>. A necessidade histórica que originou o instituto surgiu no século XIX, quando as grandes potências europeias, que não a metrópole em conflito, desejavam comercializar com os grupos que lutavam pela independência das colônias espanholas da América. Pode-se falar utopicamente que houve uma preocupação com a auto determinação dos povos e por isso este instituto foi criado para dar maior força aos movimentos de libertação nacional<sup>10</sup>.

Em 1861 os Confederados, no sul dos Estados Unidos da América, na Guerra da Secessão, foram reconhecidos como beligerantes por alguns países. Tal reconhecimento serviu e a interesses econômicos, mas pode ser útil, mesmo que por via indireta, para possibilitar a luta de povos e a libertação de nações.

Argumenta-se que o instituto do “estado beligerante” decorre do princípio da autodeterminação dos povos e do princípio da humanidade, pois faz com que as partes em conflito, ou seja, o governo legal e o grupo revoltoso, fiquem obrigadas às leis da guerra. Este instituto, junto com o dos insurgentes, foi o primeiro a permitir a aplicação do direito de guerra em conflitos internos. Entretanto, hoje os institutos estão em desuso devido a dominação da Comunidade Internacional por um grupo hegemônico, ao princípio da não intervenção e da integridade do território. Deve-se salientar que o instituto está em desuso não porque juridicamente ele não é aceitável, mas porque politicamente não é desejado.

Celso de Albuquerque Mello ensina que tal reconhecimento é um ato discricionário e declaratório de neutralidade de terceiros Estados no caso de guerra civil ou é o próprio reconhecimento do grupo revoltoso pelo governo legal. Nenhum dos casos vincula outros países, o que dificulta a visualização deste instituto como juridicamente eficaz. De toda forma, os principais efeitos jurídicos de tal reconhecimento são: primeiro, o grupo revoltoso passa a ter personalidade internacional, vez que passa a ser destinatário de normas internacionais. Segundo, é que passa a ser aplicada a Lei da Guerra, a Convenção de Genebra 1949 (ressaltando-se que a dita Convenção prevê que as normas da guerra devem ser aplicadas independente do

---

<sup>8</sup> *Ibid.* p. 177.

<sup>9</sup> SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. *Op. cit.* p. 101/102.

<sup>10</sup> *Ibid.* p. 561.

reconhecimento, pois são normas que tratam de questões humanitárias). E por fim, os beligerantes podem concluir tratados com outros Estados.

Já o instituto dos Insurgentes não se confunde com o de beligerantes, pois aquele ocorre em casos que as revoltas não tomam a proporção de guerra civil, seus efeitos são mais restritos e dependem dos Estados que reconhecerem, não tendo efeitos já definidos. O reconhecimento não cria automaticamente direitos e deveres, sendo um instituto preparatório para o de beligerância e a transformação do grupo revoltoso em sujeito de DIP.

### **1.4.3. Cruz vermelha internacional<sup>11</sup>**

Esta entidade foi criada para dar assistência aos feridos no campo de batalha sem fazer qualquer distinção de nacionalidade. Seu idealizador foi Jean Henri Dunant que, chocado com o tratamento despendido aos feridos na batalha de Solferino entre França e Áustria em 1859, publicou uma obra em 1862 intitulada “*Um Soucenir de Solferino*”, onde propôs a criação de organizações para atender aos feridos de guerra. Impressionado com a obra, Gustave Moynier também foi um dos arquitetos da Cruz Vermelha, criando em 1863 o Comitê Internacional e Permanente de Socorro dos Feridos Militares<sup>12</sup>.

O sinal distintivo da Cruz Vermelha é uma cruz vermelha, em fundo branco, sendo o inverso da bandeira suíça para homenagear o país que mais lhe apoiou no início. A entidade da Cruz Vermelha tornou-se uma organização internacional em 1928, quando foram elaborados seus estatutos e os Estados reconheceram que tal entidade tinha deveres e direitos no âmbito internacional.

A insígnia da cruz vermelha é pintada em carros, hospitais e usada em locais e por pessoas que trabalham no auxílio dos feridos de guerra, sendo que tudo que tem tal insígnia é protegido, não podendo sofrer qualquer violência ou ataque, mesmo em campo de batalha.

### **1.4.4. Ordem Soberana de Malta<sup>13</sup>**

---

<sup>11</sup> COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. Genebra: [s. ed.], [s. a.], disponível em [www.icrc.org](http://www.icrc.org), acesso em 31-10-2006.

<sup>12</sup> SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. *Op. cit.* p. 494.

<sup>13</sup> ORDEM DE MALTA. Roma: [s. ed.], [s. a.], disponível em [www.orderofmalta.org](http://www.orderofmalta.org), acesso em 31-10-2006.

Na Idade Média a Igreja Católica formava ordens de cavalaria, que eram exércitos para lutarem nas Cruzadas e que tinham como objetivos: lutar contra os mouros, libertar a Terra Santa, disseminar a religião católica pelo mundo, converter os infiéis e conquistar terras para a igreja. Tais ordens militares tinham como princípios os votos de pobreza, castidade e obediência, tendo como lema: “*Combater com mente pura pelo supremo e verdadeiro rei, Jesus Cristo*”. Tinham estrutura hierárquica, sendo dirigidas por um grão-mestre e tendo um conselho consultivo de oficiais de várias patentes. Existiram várias Cruzadas e várias Ordens de Cavalaria, sendo as mais famosas: a Ordem dos Templários, do Santo Sepulcro e a dos Hospitalários. Esta também era chamada de Ordem de São João Batista ou de São João de Jerusalém, vindo mais tarde a ficar conhecida como Ordem de Rodes ou de Malta. Esta ordem foi uma das mais importantes nas conquistas territoriais e seu símbolo, a cruz de Malta, acompanhou diversos conquistadores.

A Ordem de Malta surgiu em 1048 com a fundação em Jerusalém de um hospital, dedicado a São João Batista, para socorrer os peregrinos cristãos pobres. Depois da 1ª Cruzada formou-se uma Ordem Religiosa com votos de pobreza, castidade e obediência, sendo que em 1.119 o Papa deu caráter militar a ordem dirigida por Geraldus. Os cavaleiros desta ordem foram expulsos de Jerusalém em 1.310, transferindo-se para ilha de Rodes, onde o grão mestre se tornou o príncipe soberano dessas ilhas. Em 1.530 um rei espanhol deu a ilha de Malta para a Ordem, que a protegeu dos ataques turcos fortificando-a e enriquecendo-a. Em 1.798 Napoleão dominou a ilha de Malta e expulsou a Ordem, fazendo com que ela “desaparecesse”. No entanto, a Ordem de Malta é restaurada em Roma em 1.878 como uma organização secular de caridade<sup>14</sup>.

Hoje a Ordem Soberana e Militar de Malta tem sede em Roma e dedica-se a fins filantrópicos, mas mantém relações diplomáticas com vários Estados, tendo características que lhe conferem personalidade internacional. Pode-se afirmar que a Ordem de Malta mantém semelhanças até a um Estado soberano, pois, além de suas relações diplomáticas, o grão mestre da Ordem tem imunidade jurisdicional como os chefes de Estados. A Igreja Católica em 1953 estabeleceu que a Ordem Soberana de Malta é pessoa internacional, sendo que o Tribunal de Roma considerou em 1954 a direção da Ordem como “governo no exílio” e até hoje reconhece as sentenças dos tribunais da Ordem como sentenças estrangeiras, sendo executáveis como tais na Itália.

---

<sup>14</sup> ORDEM DE MALTA. História. Roma: [s. ed.], [s. a.], disponível em [www.orderofmalta.org/storia.asp?idlingua=4](http://www.orderofmalta.org/storia.asp?idlingua=4), acesso em 31-10-2006.

Também conferem características de Estado soberano à Ordem de Malta o fato de ser parte em tratados multilaterais, sendo membro do Comitê Internacional de Medicina e Farmácia Militares, ter uma Carta Constitucional, datada de 1961, e o fato de seus atos públicos serem isentos de tributos pelo governo italiano.

Parte da doutrina brasileira, liderada por Hildebrando Accioly, acredita que a Ordem de Malta não tem personalidade internacional, pois ela não é soberana, não tem base territorial e a personalidade não decorre do simples fato de manter relações diplomáticas. As relações diplomáticas que a Ordem mantém com certos Estados não configuram a verdadeira diplomacia, pois não correspondem ao fim visado por tais relações. Ensina Accioly:

A verdade é que a Ordem Soberana de Malta, depois de haver perdido completamente a soberania territorial e ter desaparecido por muito tempo, não tinha por que, quando restabelecida, nas condições em que o foi, ser admitida como pessoa internacional, qualidade reconhecida à Santa Sé por motivos muito diversos, que lhe asseguram a conservação de tal personalidade ainda quando esteve sem poder temporal<sup>15</sup>

Já Celso de Albuquerque Mello acredita que a Ordem tem personalidade no DIP, pois só tem o direito de legação quem tem personalidade internacional. Mesmo não tendo os mesmos direitos e deveres dos Estados, suas relações externas são reguladas pelo DIP e, portanto, é uma pessoa internacional. Replica o ilustre doutrinador:

Entretanto, podemos afirmar que para ter subjetividade internacional não é necessário possuir território ou soberania, bem como que nas relações internacionais só possui direito de legação ativa e passiva quem for pessoa internacional. É evidente que ela não possui os mesmos direitos e deveres que os Estados, mas nem por isso as suas relações externas deixam de estar reguladas pelo DIP. Ela é pessoa internacional porque tem direitos e deveres perante a ordem jurídica internacional. Negar a sua personalidade é ficar em contradição com o conceito de sujeito de direito adotado<sup>16</sup>.

## **2. Conceito de terrorismo**

Não se tem ao certo um conceito de terrorismo, sua definição e seu enquadramento dentro do ordenamento jurídico internacional. Existem significativas lacunas na regulamentação deste fenômeno, sendo necessário uma discussão séria e, dentro do possível, isenta sobre o conceito e as formas de terrorismo.

---

<sup>15</sup> ACCIOLY, Hildebrando. Tratado de direito internacional público. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 1956, p. 108.

<sup>16</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Op. cit.* p. 525.

Antes de se analisar um conceito abrangente de terrorismo, deve-se lembrar que terrorismo não pode ser considerado apenas atos de grupos marginais e excluídos da Comunidade Internacional, devendo ser ressaltado que o terror é uma tática de guerra, muitas vezes usadas pelos Estados. O fato de se mudar a nomenclatura não pode ser o suficiente para não ser classificado como terrorismo.

A origem do terrorismo moderno é, para muitos historiadores<sup>17</sup>, a Revolução Francesa de 1789, pois, ainda que antes da Revolução os homens já se utilizassem da violência física e psicológica para impor medo às populações e governos e atingir seus objetivos, foi quando os Jacobinos começaram com seu Tribunal Revolucionário que o termo “terror” passou a ser utilizado de forma organizada e sistemática. A primeira vez que o termo foi grafado foi em 1.798 “no Suplemento do Dicionário da Academia Francesa, para caracterizar o extermínio em massa de pessoas de oposição ao regime promovido pela autoridade governamental instituída. Nesse sentido, o Estado é o agente do terror”<sup>18</sup>

O terrorismo é visto aqui como um instrumento de violência com fins estratégicos e políticos, sendo este aspecto político do terrorismo desenvolvido e ampliado por Karl Heizen (1809-1880), um alemão que pregava a utilização de bombas, envenenamentos e a associação com criminosos para gerar pânico e atingir o objetivo buscado. Foram as idéias deste alemão que inspiraram Mikhail Bakunin e Piotr Kropotkin, no século XIX, a tomarem a violência e o terror como armas pela causa anarquista<sup>19</sup>. Com a desordem causada pelo pânico e pelo medo, uma ação eversiva contra a ordem institucional seria mais facilmente efetivada.

Outras definições de terrorismo são trazidas pelos historiadores Paulo Sutti e Sílvia Ricardo, entre elas a do *Dictionary of Modern Politics*, de Robertson, que define o terrorismo como o uso da violência para pressionar um governo e/ou uma sociedade de modo que aceitem uma mudança política ou social radical, mas todas basicamente podem ser resumidas como: uma ação política que emprega o uso sistemático da violência para atingir seus objetivos. Por fim, os historiadores revelam que apesar de sua busca por um conceito e de quando o terrorismo moderno surgiu, nas palavras do próprio autor, “é difícil uma definição suficientemente ampla e

---

<sup>17</sup> Como por exemplo para os historiadores SUTTI, Paulo; RICARDO, Sílvia. As Diversas Faces do Terrorismo. São Paulo: Harbra, 2003.

<sup>18</sup> *Ibid.* p. 03.

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 04.

consensual para o terrorismo, pois ela envolve conceitos políticos, ideológicos, militares, religiosos”<sup>20</sup>.

O escritor e historiador americano Caleb Carr<sup>21</sup> traz um dos conceitos mais abrangentes e completos de terrorismo, o conceituando como uma tática militar muito utilizada e não como atos indignos de grupos marginais. A violência faz parte da história humana e os atos de guerra sempre foram atos de terror até que os juristas buscaram regulamentação no âmbito do Direito Internacional Público de como a guerra poderia ser justa e a violência nela empregada legítima.

Caleb Carr conceitua terrorismo como todo ataque contra civis que vise desestimular o apoio destes a seus líderes ou modificar o rumo da política devido ao medo do terror<sup>22</sup>. Deve-se entender que para ser considerado terrorismo o ataque deve ser contra civis, indistintamente, sem escolher quem vai ser atingido ou quantas serão as vítimas efetivamente. Para o historiador americano, tem se falado do terrorismo internacional como um problema moderno, mas nada mais é do que a etapa atual de uma violência que o homem sempre utilizou.

É importante ressaltar que o ato terrorista não pode ser confundido com o dano colateral, com atos criminosos comuns e com atos de guerrilha. O termo militar “dano colateral” é utilizado para designar baixas acidentais infligidas a civis por unidades ou ataques militares em guerra. Uma guerra, ainda que regulamentada pelo DIP, sempre trará baixas civis, causando mortes e pânico entre a população. No entanto, o objetivo de uma unidade militar ou de um ataque militar jamais pode ser matar civis, mas apenas desestruturar o exército e o poder bélico do Estado inimigo. Este ponto é que diferencia um ato terrorista de um ato de guerra: o primeiro visa os civis deliberadamente e indistintamente; enquanto o segundo visa bases militares inimigas, mas por algum erro, alvos não militares ou não oficiais sofrem danos.

No entanto, nem sempre as baixas civis causadas em uma guerra decorrem de um dano colateral, pois muitas vezes não se seguem as regras do DIP e as regras mínimas de humanidade, sendo que muitos Estados utilizam-se de atos terroristas para atingir seus fins. Nestes casos, não existe diferença alguma entre o terrorismo de um Estado soberano e o terrorismo de um grupo extremista.

---

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 05.

<sup>21</sup> CARR, Caleb. *A Assustadora História do Terrorismo*. Tradução Mauro Silva. São Paulo: Ediouro, 2002.

<sup>22</sup> “*Terrorismo, em outras palavras, é, simplesmente, a denominação contemporânea e a configuração moderna da guerra deliberadamente travada contra civis, com o propósito de lhes demolir a disposição de apoiar líderes ou políticas que os agentes dessa violência consideram inaceitáveis*”. CARR, Caleb. *Op. Cit.* p 16.

Desde Roma, muitos Estados, como adiante será brevemente estudado, utilizaram-se do terrorismo para causar medo na população do outro Estado beligerante ou nas populações dominadas. Esta tática de guerra, chamada de guerra ilimitada, guerra absoluta, guerra total ou guerra destrutiva, não pode jamais ser confundida com o dano colateral<sup>23</sup>.

Os atos terroristas também não podem ser confundidos com atos criminosos comuns, pois os agentes criminosos comuns são, via de regra, movidos por objetivos pessoais egoístas, não tendo qualquer finalidade política com seu ato. Já o terrorismo tem como elemento fundamental o fim político, entendido este de maneira ampla, não sendo um mero ato para atender anseios pessoais. Estes grupos geralmente lutam para concretizar o que acreditam, mudando a estrutura social, alcançando seu domínio ou, simplesmente, buscando que suas crenças sejam respeitadas.

Por fim, o conceito de grupos terroristas deve ser diferenciado do conceito de grupos guerrilheiros. Os guerrilheiros surgiram em Portugal e Espanha quando alguns pequenos grupos começaram a lutar contra as tropas de ocupação de Napoleão Bonaparte, principalmente atacando os oficiais e tropas francesas. Estas lutas e confrontos se intensificaram e na Espanha passaram a ser chamadas de *guerrilhas*, ou seja, pequenas guerras, nome que foi adotado e utilizado até hoje como uma forma de luta. Muito tênue é a diferença entre guerrilheiros e terroristas, sendo que muitos doutrinadores e historiadores, entre eles os próprios historiadores Paulo Sutti e Sílvia Ricardo, acima citados, confundem estas duas figuras. Mas Caleb Carr mostra, com muita propriedade, que existem semelhanças, como: a utilização de atos de violência como forma de conseguir seus objetivos e o fato de tanto terroristas quanto guerrilheiros se esconderem no meio da população civil para desorientar e evitar um confronto direto com as tropas e exércitos dos governos instituídos, mas existe uma diferença que torna impossível confundir grupos terroristas com grupos guerrilheiros: o alvo buscado pelos guerrilheiros são as tropas regulares do governo que lutam contra, evitando sempre que civis sejam mortos ou feridos. Qualquer dano causado aos civis é um dano colateral como visto acima, mas não é o alvo buscado. Já os terroristas têm como alvo os civis, buscando sempre atingir a população e não somente as tropas e exércitos do governo ou Estado inimigo. O terrorismo acredita que só atingirá o fim buscado se causar medo

---

<sup>23</sup> “De fato, vários dos mais lendários heróis da Guerra Civil Americana – Thomas “Stonewall” Jackson, William Tecumseh Sherman e outros – foram responsáveis pela sistematização e legitimação daquilo que na época era visto como uma tática militar (embora fosse comum). Tampouco a lista de grandes figuras históricas que se encaixam na definição de terrorista – isto é, alguém que deliberadamente ataca civis com o objetivo de obter uma mudança tanto no apoio desses civis a seus líderes quanto na política dos próprios líderes – limita-se estritamente a personagens do âmbito militar ou paramilitar: o imperador romano Augusto, o rei francês Luís XIV, Otto Bismarck, da Alemanha, e o grupo americano de Richard Nixon e Henry Kissinger são apenas alguns dos estadistas que ajudaram a perpetuar a prática” CARR, Caleb. *Op. Cit.* p. 23/24.

indistintamente aos civis pelos atos diretamente contra eles cometidos; enquanto a guerrilha acredita que só atingirá o fim buscado se mantiver o apoio da população civil de um modo geral, enfraquecendo o governo constituído e os detentores do poder.

Ainda que a diferença entre as duas figuras trazidas acima não deixe dúvidas, a maioria das vezes os grupos guerrilheiros perdem o controle de seus membros e de seus atos, passando a utilizarem-se do terror. Isto ocorre por acharem que os civis que não apóiam diretamente a guerrilha também são culpados e merecem pagar por isso. Quando um grupo deixa de se preocupar com as baixas civis que seus atos gerarão, ele se torna um grupo terrorista e, neste momento, perde o apoio da população e a luta por seus ideais fica mais difícil. Não será analisado de forma mais profunda os grupos guerrilheiros, pois o importante para este artigo é apenas a diferenciação traçada. Ademais, a legitimidade de atos guerrilheiros e um reconhecimento internacional destes grupos é mais facilmente defendido através do instituto do DIP dos grupos beligerantes e da constatação histórica de que a maioria dos governos democráticos da atualidade se estabeleceu através da luta de guerrilha.

O fato de muitos grupos terroristas descenderem de grupos guerrilheiros, e até por isso justificada a confusão entre estes dois fenômenos, não deve ser visto apenas como um desvirtuamento dos ideais guerrilheiros ou revolucionários, mas também deve ser ponderado que muitos governos e Estados reprimem com brutalidade e violência tais ações. Muitos Estados combatem os seus opositores com verdadeiros atos terroristas, ainda que os opositores lutem pelos meios legais ou pela guerrilha, fazendo com que um ciclo de violência se inicie e abre o palco para o terrorismo. Observe-se, apenas como argumento para futuras críticas, que o mundo não parou de caminhar e que a época da mudança e do confronto de idéias ainda não acabou, mas ao contrário, parece ganhar nova força como se pode ver no Irã, na Venezuela, na Bolívia e na Coreia do Norte. O mundo, entendido como os limites territoriais, a estrutura política e os eixos de poder, não está posto e acabado, podendo ainda existir independência de países, criação de novos Estados e reformulação na Comunidade Internacional.

### **3. Classificação das formas ou tipos de terrorismo**

As formas de terrorismo podem ser divididas de acordo com seus agentes ou suas finalidades, sendo uma classificação mais adequada a que considera tanto os agentes do terror

quanto quais são suas finalidades secundárias, uma vez que a finalidade primária de todo ato terrorista é causar o medo e intimidação na população civil para mudar o apoio aos líderes ou às políticas por estes adotadas. Alerta-se, no entanto, que a classificação aqui trazida, como qualquer outra, não abrange todas as possibilidades, sendo passível de críticas. Tradicionalmente, o terrorismo é classificado em quatro formas, também de acordo com os atores envolvidos e seus objetivos: terrorismo de Estado; terrorismo revolucionário; terrorismo nacionalista e terrorismo de organizações criminosas<sup>24</sup>. Percebe-se que a classificação tradicional engloba fenômenos que não devem ser classificados como terroristas, buscando-se neste momento uma correção de acordo com as definições e diferenciações acima expostas.

Cabe destacar, que o fato de se classificar o terrorismo dentro de certa categoria é apenas uma técnica metodológica, não sendo excludente das demais. Por exemplo, o terrorismo de Estado pode na verdade ser melhor classificado, considerando-se as finalidades secundárias, como terrorismo religioso ou político. O importante neste tópico não é esgotar as formas ou traçar uma retrospectiva, mas tão somente fomentar uma reflexão sobre como o terrorismo deve ser entendido.

### **3.1. Terrorismo de Estado**

Para Paulo Sutti e Sílvia Ricardo<sup>25</sup>, a forma originária de terrorismo é a de Estado, sendo que este utiliza tal estratégia para manter, assegurar e reforçar seu poder e sua dominação sobre certo território. Seria algo como o Leviatã de Hobbes, que deve ser temido para que as pessoas não voltem a ser “lobos”. Muitas vezes o Estado volta seus atos terroristas apenas contra minorias étnicas, religiosas ou políticas, pois são estes grupos que ameaçam as estruturas postas. O terrorismo estatal é identificado por genocídios, extermínios, prisões, torturas e deportações, invocando razões de Estado ou a sua segurança.

Esta visão de terrorismo de Estado é a do terrorismo utilizado pelo Estado contra seu próprio povo para estabelecer-se no início de sua formação ou para se reafirmar em momentos de instabilidade institucional. Mas também pode-se ver o terrorismo de Estado utilizado em conquistas e expansões territoriais.

---

<sup>24</sup> SUTTI, Paulo; RICARDO, Sílvia. *Op. Cit.* p. 03/05.

<sup>25</sup> *Ibid.* p. 07.

Os exemplos mais claros do terrorismo de Estado são os vistos no século XX: a União Soviética de Iossef Stálin, a Alemanha nazista de Adolf Hitler, a China comunista de Mao Tsé Tung, o Camboja de Pol Pot (buscava-se um país com pureza ideológica e livre do capitalismo) e o Iraque de Sadam Hussein, principalmente com os atos contra os curdos. O comum nestes Estados são os ataques indiscriminados contra civis visando desestimular qualquer oposição ou rebelião ao Estado ou ao governo, buscando impor uma ideologia ou uma crença.

Apesar do terrorismo ter o sentido original vinculado ao Estado, a história revela que o terrorismo não ficou preso a tal forma, sendo que durante todo o século XX e início do século XXI, passou a ser visto mais como ações de grupos ideológicos. Destacam-se as outras formas de terrorismo, que até o século XX não despertavam maior interesse do Direito Internacional Público.

### **3.2. Terrorismo mercenário**

Esta forma de terrorismo nunca foi muito estudada, pois se trata de soldados que em troca de pagamento em dinheiro executam atos de violência contra certo grupo ou povo para causar medo e terror, assim atingindo os objetivos do grupo que os contratou. Muitos vêem esta forma de terrorismo como a primeira que surgiu e que deu origem a todos os atos de terrorismo que existem hoje. Isto, apesar de não ser pacífico, uma vez que este grupo também é visto como religioso, teria começado com os Hashishins, um grupo de homens que treinavam artes militares e que sob o comando de Al Sabbah cometiam atentados terroristas contra os mais diversos grupos e pessoas, apenas em troca de dinheiro ou outros favores<sup>26</sup>.

O terrorismo mercenário é caracterizado pela falta de ideologia política do terrorista direto, sendo que este só é pago para cometer o ato. Já o terrorista indireto é quem tem o verdadeiro objetivo político, religioso ou social, existindo dúvidas se esta forma não deveria ser enquadrada como um meio de ação dos terroristas políticos e religiosos.

O mais famoso dos terroristas mercenários foi *O Chacal*, Ilictch Ramirez Sanchez, um venezuelano que de 1973 a 1994 foi o homem mais procurado do mundo devido aos diversos atos terroristas que cometeu <sup>27</sup>. Até onde se sabe, ele sempre agia sozinho e não era filiado ou seguidor de nenhuma ideologia, sendo apenas contratado por Estados e grupos políticos para

---

<sup>26</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Op. Cit.* vol. 02, p. 867/869.

cometer atos de terror. Observe-se que estes atos não são meros crimes, pois são usados indistintamente visando desestimular o apoio das pessoas a seus governantes. Mesmo sendo cometido por homens contratados e pagos, há sempre uma ação política, podendo-se afirmar que o terrorismo mercenário é sempre cometido junto com outra forma de terrorismo.

### 3.3. Terrorismo religioso e terrorismo de grupos marginais

Para muitos estudiosos do terrorismo, os primeiros grupos a utilizar o terrorismo o fizeram em nome da religião ou da fé, sendo comum entre as pessoas relacionar-se o terrorismo apenas com atos de religiosos fanáticos que buscam impor sua fé através de uma guerra santa. A origem do terrorismo religioso moderno é um grupo de muçulmanos xiitas fundamentalistas conhecido como *Isma'ilis*, que usava mortes e atentados para lutar pelo Islã. No entanto, uma facção deste grupo se tornou mais conhecida devido à violência de seus atos: os *Hashishins* ou *Hashashin*, que originaram a palavra assassino<sup>28</sup>.

Muitos outros atos e grupos terroristas existiram em nome da religião, podendo ser citada as próprias Cruzadas Católicas, uma vez que se utilizavam do terror religioso para impor o medo e converter ou amedrontar os infiéis<sup>29</sup>. Também no Judaísmo existiram os grupos terroristas, sendo o exemplo principal os Irguns, que em nome da fé matavam palestinos para ter o domínio da Terra Santa<sup>30</sup>.

Hoje, a maioria dos atentados terroristas é em nome da fé, pois muitos grupos islâmicos fundamentalistas lutam desta forma para manter suas crenças e tradições. O grupo terrorista mais bem estruturado e ativo no mundo é uma seita islâmica liderada por Osama bin Laden, a Al Queda.

O terrorismo religioso é um dos mais destrutivos, pois seus agentes acreditam em algo muito maior que o plano físico, tendo maior coragem para lutar por seus ideais. O estímulo metafísico de uma recompensa em outro plano faz com que estes atos terroristas sejam mais violentos e difíceis de serem combatidos, uma vez que os agentes não se preocupam com a própria vida. Outro aspecto importante a ser pensado no terrorismo religioso é que ele tornou-se,

---

<sup>27</sup> SUTTI, Paulo; RICARDO, Sílvia. *Op. cit.* p. 07-08

<sup>28</sup> CARR, Caleb. *Op. cit.* p. 69/70.

<sup>29</sup> *Ibid.* p. 78.

<sup>30</sup> *Ibid.* p. 236.

de maneira mais clara, internacional, não limitado a qualquer território estatal, exigindo uma postura do Direito Internacional Público.

Por ter agentes com maior coragem e com maior ímpeto, além de ter um vínculo mais forte e transnacional, o terrorismo religioso é o que mais preocupa os internacionalistas, que já começam a se conscientizar que apenas uma luta repressiva contra estes grupos parece fadada ao insucesso. A fé e o número de membros terroristas aumentam quanto mais mártires e opressão, não podendo o DIP se influenciar com os apelos e o choque que atos terroristas trazem. O terrorismo não pode se transformar em uma guerra maniqueísta entre o bem e o mal, levando toda a Comunidade Internacional a uma guerra em que nenhum dos lados sai vencedor.

É importante destacar a lição do historiador americano Caleb Carr no que se refere ao terrorismo de grupos religiosos marginais:

No entanto, remontar as origens do terrorismo a grupos marginais, por mais extremistas que tenham sido, não só é enganoso como perigoso. Nascida da recusa indignada (e sob muitos aspectos compreensível) em atribuir aos terroristas o status de soldados, essa classificação serve apenas para desorientar o público quanto à natureza e extensão da ameaça que agora enfrentamos, pois as verdadeiras origens do terrorismo não mais exóticas ou místicas do que obscuras. Terrorismo é a expressão de um tema constante na história militar – tomar deliberadamente civis como alvos para minar o apoio à política de seus líderes – enquanto os objetivos dos cultos medievais de violência nunca tiveram essa coerência<sup>31</sup>.

### **3.4. Terrorismo político**

Todo terrorismo pode, em alguma medida, ser visto como político, pois os seus objetivos secundários são sempre políticos, entendido este termo de maneira ampla. No entanto, pode-se classificar como terrorismo político àqueles atos que visam desestabilizar um governo constituído para tomar o poder em certo Estado ou estabelecer uma nova ordem. Tem-se como exemplos clássicos de grupos terroristas políticos os anarquistas de Bakunin, os nihilistas russos, o bascos do ETA e os irlandeses do IRA<sup>32</sup>.

A maioria destes grupos terroristas no início teria que ser classificada como grupos guerrilheiros, pois tinham ações dirigidas apenas contra a ordem político-jurídica estabelecida e não contra a população civil indiscriminadamente. O terrorismo político, via de regra, parte de uma ação legítima de exercer seu direito a resistência armada para libertar uma sociedade

---

<sup>31</sup> *Ibid.* p. 70.

<sup>32</sup> CARR, Caleb. *Op. cit.* p. 227/239

oprimida, mas devido à indignação os grupos acabam adotando atos terroristas como forma de atingir mais rápido seus objetivos ou vingar-se do governo contra o qual lutam. Este é na verdade o grande erro destes grupos, pois a partir deste momento eles deixam de ter qualquer legitimidade e de receber o apoio da sociedade civil.

O difícil é delimitar o momento em que um grupo político passa a utilizar-se do terrorismo político, podendo ser citado como exemplo as FARC's (Forças Armadas Revolucionárias Colombianas), que tem todas as características de um grupo guerrilheiro, como apoio de parte da população colombiana e atos dirigidos contra o governo constituído em seu país, mas em alguns momentos se confundem com grupos terroristas, como ao destruir cidades e vilarejos inteiros, por, simplesmente, desconfiarem que alguém daquele lugar colaborou com o governo instituído.

O terrorismo político é uma forma de terrorismo em que quase todos os atos se enquadram, mas que tem como característica principal o objetivo de atingir o poder ou mudar a ordem jurídico-política estabelecida. É uma forma de luta que pode aparentar um sucesso rápido e momentâneo, mas está fadada ao insucesso devido ao ódio e rancor que provoca em toda sociedade.

### **3.5. Terrorismo de guerra**

Caleb Carr classifica o terrorismo de guerra como “terrorismo estatal no plano internacional”, existindo esta forma de terrorismo quando Estados beligerantes usam o terror como uma estratégia militar, aproveitando seu aparato militar para desencadear ações contra a sociedade civil e, desta forma, vencer a guerra pelo enfraquecimento do apoio que o Estado adversário tem de sua população<sup>33</sup>. Além do terrorismo de guerra ser uma forma de vencer conflitos bélicos, também foi e é muito usado como uma maneira de afirmar e tripudiar a vitória sobre os derrotados. Acredita-se que atos de terror consolidam o domínio e desestimulam rebeliões nos povos dominados. Roma já utilizava o terrorismo de guerra, chamando-o de guerra destrutiva ou punitiva, iniciando uma tática militar diversas vezes usada ao longo da história militar. A Primeira Grande Guerra Mundial e a bomba atômica lançada pelos Estados Unidos no

---

<sup>33</sup> CARR, Caleb. *Op. cit.* p. 16/17.

Japão, ao fim da Segunda Guerra Mundial, são exemplos de momentos em que o terrorismo de guerra foi utilizado, ampliado e justificado.

As leis da guerra foram pensadas no Direito Internacional porque a sociedade internacional e os juristas não agüentavam mais ver as guerras serem atos de selvageria onde não se diferenciava combatentes e não combatentes. Justifica-se esta forma de terrorismo afirmando-se que todo habitante de um país é parte e contribui de alguma forma para a máquina de guerra daquela nação, podendo e devendo ser atacado como inimigo, pouco importando se é soldado ou não.

Muitos estrategistas militares estudaram e desenvolveram uma guerra limitada, objetiva e progressiva, buscando apenas vencer o exército inimigo; mas a guerra ilimitada, também chamada de guerra geral, destrutiva, absoluta ou guerra total, sempre foi preferida e é uma realidade ainda hoje facilmente constatada por todos.

#### **4. Alguns momentos históricos relevantes do terrorismo e de seu estudo**

O terrorismo faz parte da história da humanidade, devendo ser conceituado de maneira ampla para que todas as suas formas sejam proibidas. Neste item busca-se localizar historicamente alguns grupos, momentos e estudos importantes para a compreensão do terrorismo, sendo drasticamente reduzido para a confecção deste artigo. Apenas alguns pontos, que podem facilitar o entendimento do que é o terrorismo e como este fenômeno deve ser entendido juridicamente, serão abordados.

A monografia<sup>34</sup> que originou este artigo faz um estudo mais aprofundado dos momentos importantes da história do terrorismo, abordando como era utilizado em Roma, a ideologia de uma guerra destrutiva ou punitiva, como no oriente o terror era utilizado por grupos religiosos marginais que tentavam se afirmar localmente, como no ocidente foi utilizado pelos revolucionários franceses em 1789 para consolidar a Revolução e eliminar opositores, como os anarquistas e nihilistas desenvolveram o terrorismo e como as guerras continuaram a ser travadas, apesar da regulamentação internacional, por atos de terror. Analisa-se também quando o terrorismo começou a ter feições internacionais, qual a contribuição dos Estados totalitários para

---

<sup>34</sup> VIANNA, Rafael Ferreira. As concepções de terrorismo e o possível reconhecimento dos grupos terroristas como sujeitos de direito internacional público. 2005, 90 laudas, monografia apresentada como requisito para conclusão da Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná – Curitiba, nov. de 2005.

tal fenômeno, como as guerras religiosas se espalharam pelo mundo, quais os principais grupos terroristas da atualidade e como o mundo chegou neste estágio atual em que o terrorismo faz parte da vida ou da preocupação de todas as pessoas.

Neste artigo será abordado apenas, e ainda de forma muito sucinta, o terrorismo em Roma, que originou a tática militar do terror, e os estudos jurídicos clássicos que influenciaram o estudo do tema.

#### **4.1. Roma**

O terrorismo, como repetido diversas vezes, sempre foi utilizado como uma estratégia militar e muito utilizado por Estados em tempo de guerra. Antes da denominação terrorismo existir, o Império Romano já utilizava tal método para vencer suas guerras, o que chamava de guerras destrutivas ou guerra punitivas. Os romanos usavam todos os meios necessários para vencer suas guerras, inclusive atos deliberados e indiscriminados contra civis, acreditando que a vitória era mais facilmente alcançada pela luta selvagem, com atentados que colocavam medo na população civil e faziam com que governantes mudassem suas políticas para que sua população civil não sofresse mais. Mas os atos de barbárie não se restringiam ao combate, pois, depois de vencerem a guerra, continuavam a praticar atos de terrorismo, como estupros, pilhagens e assassinatos, para mostrar à população vencida quem era o dominador.

Esta estratégia militar iniciada pelo império romano perpetuou-se por todos os Estados posteriores a Roma, inclusive os Estados modernos, influenciando todos os exércitos do mundo. Disto decorre a tradição militar do terrorismo e a utilização por grupos, com ideologias e objetivos diferentes, desta estratégia de luta. Depois de uma derrota em uma batalha das tropas germânicas contra o exército romano, um tenente germânico chamado Armínio justificou-se: “Minha luta foi aberta e não traiçoeira. E tem sido contra homens armados, não contra mulheres grávidas”<sup>35</sup>. Nenhuma frase traduz de maneira tão límpida o que é o terrorismo de guerra.

#### **4.2. Agostinho, Grotius e Vattel**

---

<sup>35</sup> CARR, Caleb. *Op. Cit.* p. 39.

Com a queda de Roma e a ascensão do cristianismo, surgem idéias de valorização do ser humano, sendo que o primeiro grande filósofo da era cristã, Agostinho de Hippo ou de Hipona (354-430 d. C.), já estudou como ter uma guerra internacional justa e como fazer com que os soldados não atentassem contra a população civil de modo indiscriminado. “*Suas reflexões abrangiam a condução da guerra internacional e apresentavam um dos mais importantes conceitos da história da filosofia militar – o da guerra justa*”<sup>36</sup>.

Mas foi o jurista holandês Hugo Grotius que, em seu livro “*Os Direitos da Guerra e da Paz*” de 1625, trouxe maior compreensão jurídica de como era necessário um Direito Internacional e de como ele deveria preocupar-se com que os civis não fossem utilizados como alvos em tempo de beligerância. Grotius tentou criar um conceito do que era uma guerra justa, assim como Santo Agostinho, para não ver mais atos de terrorismo praticados numa guerra. Dizia o jurista que todo Estado e toda sociedade tem o direito de defender-se, mas as regras da sociedade civil, do humano e responsável, não desaparecem em tempo de beligerância, não sendo justificável atos de terrorismo. Grotius traçou as primeiras leis da guerra, principalmente em relação ao respeito ao prisioneiro de guerra e aos não combatentes, que deveriam ser sempre respeitados e protegidos. Muitas das regras traçadas pelo jurista holandês foram adotadas nas Convenções atuais sobre as regras da guerra. Graças aos ideais buscados por Agostinho e Grotius o mundo viu diminuir o número de atos terroristas praticados como táticas militares<sup>37</sup>.

Outro jurista que influenciou muito a história do terrorismo foi Emmerich de Vattel com seu livro “*A Lei das Nações*” de 1758. Este doutrinador trouxe uma forma de pensar a guerra que pode ser usada para pensar o terrorismo: o que importa não é a causa que leva à guerra, mas o modo como ela é lutada. Deve-se analisar a legalidade dos meios para se ter uma guerra como justa, não sendo jamais justificável atos de terror.

Vattel apresentou a surpreendente idéia de que, numa determinada guerra, de nada vale discutir qual é a causa justa; todas as partes acreditam que é a sua própria e quase nunca abandonam tal convicção. O verdadeiro indicador de qual lado está com a razão, continuou Vattel, não é o mérito relativo das reivindicações anteriores à guerra, mas algo muito mais fácil de avaliar e julgar: o comportamento dos beligerantes durante as hostilidades. Assim, declarou, “os direitos baseados no estado de guerra, a legalidade de seus efeitos, a validade da aquisição feita pelos exércitos, não dependem, externamente e entre a humanidade, da justiça da causa, mas da legalidade dos meios em si”<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> CARR, Caleb. *Op. Cit.* p. 47.

<sup>37</sup> *Ibid.* p. 86/87.

Desta maneira pode-se pensar o terrorismo atual, não importando qual a causa ou razão da luta, mas sempre sendo injusto devido aos meios escolhidos. Mas será suficiente o Direito Internacional Público considerar o terrorismo uma forma ilegal de manifestação e de luta para evitá-lo? A resposta parece ser não.

Persiste a necessidade de definir quais são os meios legais para se fazer uma guerra e o que é terrorismo. Pensando o terrorismo de grupos religiosos fanáticos não há qualquer dúvida sobre o tema, pois não há discussão alguma que explodir o próprio corpo para matar civis inocentes em um ônibus não é um meio justo de se lutar e buscar algo. Mas os bloqueios econômicos que matam crianças de fome e doença por proibirem que alimentos e remédios entrem em um país não são atos de terrorismo que o DIP reconheceu? Não seria uma forma de terrorismo quando um povo é privado por um Estado do mínimo de condições para sobreviver e manter sua cultura e dignidade? Também parece evidente, ao refletir sobre as questões levantadas, que não é suficiente o Direito Internacional Público simplesmente alegar que o terrorismo não é um meio justo de luta. Continua a não se entender o que é terrorismo, quais são os grupos terroristas e quando a Comunidade Internacional se coloca contra tal ato.

## **5. Reflexões sobre sujeitos de DIP, terrorismo e grupos terroristas**

### **5.1.O problema do conceito de terrorismo e grupos terroristas ou um conceito realista e uma possível forma de evitar o terrorismo**

Apesar do terrorismo ter grande influencia na história da humanidade e no Direito Internacional Público ainda não se tem um consenso sobre o que seria terrorismo e grupos terroristas. Para a formação de um conceito é necessário um estudo de Kant, pois o filósofo ensina que para se conceituar algo deve-se comparar, refletir e por último abstrair. Vejamos nas palavras de Kant:

Para o surgimento de conceitos são necessários três atos lógicos do entendimento, que são: a comparação, ou seja, o cotejo das representações entre si em relação com a unidade da consciência; a reflexão, ou seja, a consideração do modo como diferentes representações podem ser compreendidas em uma consciência; e finalmente a

---

<sup>38</sup> *Ibid.* p. 114/115.

abstração, ou seja, a separação de todos os demais aspectos nos quais as representações dadas se diferenciam<sup>39</sup>.

Analisando alguns tratados, convenções e o que traz Sarah Pellet<sup>40</sup>, percebe-se que nenhuma convenção internacional definiu o termo terrorismo. As convenções sobre terrorismo, via de regra, foram criadas logo após um atentado de repercussão e se limitaram a condenar e abordar o terrorismo através de suas conseqüências. Nunca se usou dos três atos lógicos explicados por Kant para se conceituar o terrorismo, sendo apenas as diversas faces do terrorismo esparsamente elencadas.

A Convenção de Genebra de 1937 tentou definir atos terroristas como fatos criminosos dirigidos contra os Estados e com o objetivo de provocar terror. A Convenção enumerou o que considerava fatos criminosos, sendo que a abstração não existiu para conceituar o terrorismo. Apenas a Índia ratificou esta convenção. Todas as demais convenções que existiram seguiram o mesmo caminho, trazendo uma nova forma de fato criminoso e ampliando um pouco mais o rol de atos terroristas. A Convenção da OEA para Prevenção e Repressão de Atos Terroristas trouxe que estes atos são de interesse internacional, sendo irrelevante tal aspecto para sua conceituação. A ONU, em 1973, também fez uma convenção semelhante à da OEA, trazendo maior preocupação com os agentes diplomatas e com os seqüestros. A Convenção do Conselho da Europa de 1977 trouxe tão somente que o terrorismo não era crime político e que os Estados deveriam conceder a extradição. Seguindo o mesmo caminho, a Assembléia Geral da ONU previu que qualquer crime que tivesse a tomada de reféns era considerado crime comum. Efetivamente, nunca se atingiu um conceito comparativo, reflexivo e abstrato de terrorismo.

Uma das razões que leva a esta falta de conceituação precisa do terrorismo é que os Estados não querem que seus atos de guerra ou violência sejam enquadrados dentro desta categoria. Também, como explica Celso de Albuquerque Mello, “a grande preocupação nos textos internacionais é não considerar os autores destes crimes como criminosos políticos e, por conseguinte, não os beneficiando do direito de asilo”<sup>41</sup>. Os Estados sempre se opuseram entre os que acreditavam ser necessário uma condenação setorial e específica de cada ato terrorista e aqueles que realmente buscavam um conceito de terrorismo e não de seus meios de ação.

---

<sup>39</sup> KANT, Immanuel. Lógica. Tradução de Gottlob Benjamin Jasche por Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992. p. 112.

<sup>40</sup> PELLET, Sarah. A Ambigüidade da Noção de Terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 09/20.

<sup>41</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Op. cit.* v. 02, p. 870.

Ensina Sarah Pellet que a Resolução 3.034 (XXVII) da Assembléia Geral das Nações Unidas de 1972 criou o Comitê Especial de Terrorismo Internacional, o qual tinha como objetivo primordial criar uma definição geral de terrorismo, mas que não o fez por pressões dos Estados que não queria ver suas ações limitadas por serem consideradas terroristas<sup>42</sup>.

O DIP não chegará a evitar o terrorismo internacional se antes de tudo não o conceituar, para que todas as suas formas sejam proibidas e enfrentadas. Para conceituá-lo as convenções e tratados internacionais terão que tomar posições sérias e efetivas não apenas o repudiando para dar uma resposta à comoção mundial.

Comparando as várias definições de terrorismo, refletindo e buscando a que melhor abstrai tal fenômeno, tem-se que o terrorismo deve ser conceituado como o ato de violência dirigido contra a população civil de forma indiscriminada, visando causar medo e insegurança, para que o alvo principal, o Estado, governo ou líder, perca o apoio da população ou mude a direção de suas políticas. Com este conceito não se pode considerar terrorismo apenas os atentados dos grupos marginais extremistas, mas deve-se considerar todos os atos que tenham esta finalidade, independente de qual seja a forma de atuação ou de quem seja o seu autor.

Para diminuir, evitar ou reduzir o terrorismo deve-se conceituá-lo e proibi-lo, cabendo a Comunidade Internacional punir os Estados, grupos, ou indivíduos terroristas, não ficando tal missão a cargo exclusivo de nenhum Estado. Mas isoladamente tal medida não é suficiente, devendo-se reconhecer como sujeitos de Direito Internacional Público os grupos terroristas marginais. Tal medida serviria tanto para punir estes grupos, quanto para permitir que grupos marginalizados, oprimidos ou esquecidos participem da Comunidade Internacional, buscando os tribunais internacionais, reclamando direitos, sendo-lhes exigidos deveres e de uma forma geral participando das discussões mundiais e tendo direito de serem ouvidos.

Não é o objetivo deste artigo defender tal sugestão, mas somente iniciar uma reflexão sobre como o terrorismo pode ser evitado. Acredita-se que duas ações devem ser tomadas, ambas sendo importantes e dependentes uma da outra: 1) reconhecer formas legítimas de todas as nações, povos e grupos manifestarem seus pensamentos, suas idéias, expor suas reivindicações e se socorrerem nas organizações internacionais. Tal medida passa pelo reconhecimento de alguns “grupos terroristas”, assim chamados hoje, como sujeitos de DIP e a valorização de todos os grupos que não estão sobre a proteção de um Estado soberano; 2) a conceituação do terrorismo e

---

<sup>42</sup> PELLET, Sarah. *Op. cit.* p. 14.

a sua efetiva proibição, independente de qual a sua forma ou qual o seu agente. Para tanto, a ONU e as organizações internacionais deveriam efetivamente posicionar-se como detentoras do poder de punir os agente terroristas, não permitindo que nenhum Estado o faça sozinho.

Por óbvio, grupos terroristas continuarão existindo, ainda que tenham reconhecida a personalidade jurídica internacional e que não sofram mais represálias na mesma moeda, mas muitos grupos que se utilizam do terrorismo como única arma possível de manifestação e muitos Estados que se utilizam de ações terroristas tidas como legítimas, não necessitarão, não poderão ou não terão mais justificativa para lançar mão do terrorismo.

Para se estudar o terrorismo, juridicamente e sociologicamente, deve-se limpar toda gama de preconceitos quanto aos grupos terroristas, respeitando as diferenças e aceitando que todos tenham acesso à Comunidade Internacional, como ensina o cientista político José Farhat:

Para esta guerra que alguns querem definir como do Oriente contra o Ocidente, do Islã contra tudo e todos, há soluções. Basta resolver com justiça e dignidade os problemas políticos do Oriente Médio, especialmente o da Palestina; encontrar modelos energéticos alternativos para aliviar a pressão sobre produtores e reprimir a cobiça de consumidores, guardando o que restar de petróleo para fins mais nobres e que requerem maior emprego de mão-de-obra; procurar sincera e objetivamente dar um fim à extrema desigualdade social que cria desespero entre suas vítimas; tomar consciência que a presença de forças armadas alienígenas no Iraque e esparramadas pela região do Golfo Árábico, no Afeganistão, na Caxemira, na Chechênia, e em tantos outros lugares, gera revolta e luta pela libertação nacional que acabam sendo classificadas de terrorismo do fundamentalismo islâmico; jogar na lata de lixo a asnice da teoria do choque de civilizações ; reconhecer os muçulmanos que vivem nas sociedades<sup>43</sup>. ocidentais como cidadãos plenos, sem exclusão social e com iguais oportunidades<sup>43</sup>.

## **5.2. O possível reconhecimento dos grupos terroristas como sujeitos de direito internacional público**

Bastaria que um Estado dialogasse com um grupo terrorista para que este grupo tivesse reconhecida sua personalidade internacional? Para responder esta pergunta pode-se pensar em como os grupos beligerantes foram reconhecidos como sujeitos de DIP e, então, a resposta seria afirmativa. Observe-se que primeiro os Estados reconheceram os grupos beligerantes como sujeitos de DIP, passando a com eles dialogar, sendo que a doutrina, apenas depois de observar a

---

<sup>43</sup> FARHAT, José. Silenciar a Al-Qaida. [s. l.]: [s. ed.], 09-08-2005. Disponível em: [http://www.icarabe.org/CN02/artigos/arts\\_det.asp?id=39](http://www.icarabe.org/CN02/artigos/arts_det.asp?id=39), acesso em: 31-10-2006.

realidade, passou a estabelecer os requisitos e condições para haver este reconhecimento e início da personalidade jurídica internacional.

Com a globalização tem-se novos atores no âmbito internacional, sendo que o correto entendimento sobre sujeito de direito leva a conclusão de que não são só os Estados e as organizações internacionais os destinatários do DIP. Estes novos atores adquirem deveres para manter a paz e o respeito aos Estados, exigindo, em contrapartida, direitos mais adequados para realidades e necessidades diversas. Neste contexto, inserem-se os grupos terroristas que, independente da valoração moral que lhes seja atribuída, são atores que influenciam a Comunidade Internacional, devendo ser-lhes oportunizados um canal de comunicação e compreensão de suas razões. Inegável que as normas de DIP são criadas para regular situações onde grupos terroristas são partes e que os costumes internacionais são alterados devido a atuação destes grupos. Impedir que o reconhecimento de grupos terroristas ocorra sob o único argumento de que estas organizações não querem conversar parece um tanto quanto prematuro e discriminatório, não sendo mais adequado do que oportunizar o diálogo. Este artigo não tenta defender um ponto de vista, mas apenas dividir uma dúvida e iniciar uma reflexão: os grupos terroristas podem ser considerados sujeitos de DIP? Eles têm características suficientes para serem considerados sujeitos de DIP? Como punir grupos como um todo, e não apenas os indivíduos, se eles não forem sujeitos de direito? É possível um diálogo com líderes ou grupos que não sejam sujeitos de direito? Como assegurar direitos à entidades que não têm personalidade?

Repise-se que ser destinatário de direitos e deveres no âmbito internacional é elemento suficiente para que se identifique um sujeito de DIP, não tendo que se analisar a capacidade de atuar diretamente perante as Cortes Internacionais. Como já visto, isto faz parte da capacidade internacional do indivíduo e não é relativo à sua personalidade jurídica internacional.

### **5.3. Também é necessário refletir as reflexões de Habermas e Derrida**

Giovanna Borradori<sup>44</sup>, ao entrevistar os mais destacados filósofos da atualidade, Habermas e Derrida, tenta trazer uma análise filosófica do terrorismo, expondo como os dois filósofos vêem este fenômeno e qual o papel do DIP neste contexto.

---

<sup>44</sup> BORRADORI, Giovanna. Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida. Tradução de

Habermas e Derrida trazem que o conceito de terrorismo é fugaz, não existindo traços claros para definir o terrorismo como uma ação política e não um mero ato criminoso. Também questionam a existência do terrorismo de Estado, as diferenças do terrorismo com a guerra e a atitude dos Estados Unidos que lançou uma guerra contra uma entidade não política.

Habermas mostra claramente que acredita que o terrorismo só adquire o conteúdo político retrospectivamente, quando se percebe que os atos cometidos visam levar o grupo ao poder, tendo efetiva meta política. Para Habermas o atentado de 11 de setembro não teria conteúdo político e declarar guerra contra a Al Qaeda seria lhe dar uma legitimidade política que ela não possui. Apesar de sua opinião, Habermas alerta que não se pode deixar totalmente de lado os motivos políticos demonstrados por fanatismos religiosos, uma vez que a religião também dá cobertura a motivos políticos. Mas os atentados de 11 de setembro não teriam caráter político na medida em que são atos impotentes contra um inimigo que não se pode vencer e que não tem qualquer razão pragmática de terem existido.

Quando Giovanna pergunta para Habermas se o terrorismo deveria ser diferenciado do crime comum e de outros tipos de violência, ele responde:

Sim e não. De um ponto de vista moral, não há desculpa para os atos terroristas, independente do motivo ou da situação sob a qual foram realizados. Nada justifica a atitude de dar um desconto para o assassinato ou o sofrimento dos outros somente para atingirmos os nossos próprios fins. Todo assassinato é em demasia. ....a diferença entre terror político e o crime comum torna-se clara durante as mudanças de regimes, quando os antigos terroristas assumem o poder e tornam-se os representantes do país com ampla aprovação. Certamente essa transição política só pode ser esperada por terroristas que perseguem metas realistas de uma maneira realista; que são capazes de extrair, pelo menos retrospectivamente, uma certa legitimação de suas ações criminais, adotadas para superar uma situação manifestamente injusta. Hoje, porém, não consigo imaginar um contexto no qual um dia, de certo modo, o crime monstruoso de 11 de setembro possa se tornar um ato político inteligível e compreensível<sup>45</sup>.

Derrida mostra a necessidade de desconstruir a noção de terrorismo e não o ter mais como um conceito auto-evidente, uma vez que a guerra causa a intimidação dos civis e também seria uma forma de terrorismo. Não se pode, segundo este filósofo, colocar adjetivos juntos à palavra terrorismo, como local, internacional, religioso, pois isto traria um significado político que os grupos não têm. Derrida ainda mostra o perigo e a contribuição que a mídia globalizada traz ao difundir o terrorismo, seja como teatro de violência, seja como divulgador de ideais.

---

Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

<sup>45</sup> *Ibid.* p. 46/47.

Refletindo e analisando o que os dois filósofos propõem como solução para o fenômeno do terrorismo, Giovanna traz:

Diante destes perigos devastadores, tanto Habermas como Derrida fazem apelo para uma reação planetária envolvendo a mudança da legislação internacional clássica, ainda ancorada no modelo de Estado-nação do século XIX, rumo a uma nova ordem cosmopolita, em que os principais atores políticos seriam instituições multilaterais e alianças continentais<sup>46</sup>.

Habermas, em seu pensamento progressivo, conclui quais as razões do terrorismo e conseqüentemente quais as suas soluções:

Nós, no Ocidente, vivemos em sociedades pacíficas e prósperas; e, no entanto, elas comportam uma violência estrutural à qual, até certo ponto, nós nos acostumamos, isto é, a desigualdade social desproporcional, a discriminação degradante, o empobrecimento e a marginalização. (...) No processo de revisão de sua auto-imagem, o Ocidente poderia aprender, por exemplo, como seria necessário mudar sua política se quisesse ser percebido como um poder modelador de impacto civilizacional. Sem a domesticação política de um capitalismo irrefreado, a estratificação devastadora da sociedade mundial permanecerá intratável. As disparidades na dinâmica do desenvolvimento econômico mundial teriam de ser pelo menos equilibradas em relação a suas conseqüências mais destrutivas – a privação e a miséria de regiões e continentes inteiros nos vem à mente. Isso não diz respeito meramente à discriminação de outras culturas, sua humilhação ou ofensa contra elas. O chamado “choque de civilizações” é freqüentemente o véu que mascara os interesses materiais indispensáveis do Ocidente (campos de petróleo acessíveis e suprimento garantido de energia, por exemplo)<sup>47</sup>.

## Conclusão

Ao longo deste artigo foram trazidas diversas dúvidas e questões que precisam ser estudadas e discutidas, mas se pode mencionar algumas conclusões. A primeira delas é que os sujeitos de DIP são diversos, não sendo limitados aos que hoje são reconhecidos. Ao contrário, devem ser buscados quais os sujeitos advindos da evolução histórica e da necessidade. A segunda conclusão é que não se pode confundir personalidade jurídica com capacidade, sendo sujeitos de DIP aqueles que são destinatários das normas de DIP, destinatários de direitos e deveres.

Outra conclusão importante é a premente necessidade de estudos e discussões sobre o conceito de terrorismo, pois, como destaca Sarah Pellet, “todos concordam em passar de uma

---

<sup>46</sup> *Ibid.* p. 12.

<sup>47</sup> *Ibid.* p. 47/48.

cultura de reação para uma cultura de prevenção. Deste modo, deve-se procurar ativamente definir o terrorismo de maneira geral, a fim de levantar toda a ambigüidade sobre a noção”<sup>48</sup>.

Só a partir do conceito de terrorismo o Direito Internacional Público poderá pensar nas formas de evitá-lo, garantindo que toda forma seja proibida e combatida. No entanto, a proibição e a punição não são suficientes para evitá-lo, devendo-se garantir formas efetivas de participação na Comunidade Internacional. Tal medida inicia-se pela ampliação dos sujeitos de direito internacional e pela garantia de meios legítimos de manifestação e mudanças. Para tanto, é necessário cessar o pensamento corrente de que os grupos terroristas são grupos extremistas de loucos e aceitar que o terrorismo é uma tática de guerra utilizada por grupos políticos. Deve-se estudar o terrorismo dos grupos marginais com o objetivo de preveni-lo, identificando e tratando das causas subjacentes do fenômeno.

Não pode todo e qualquer grupo que lute por liberdade e afirmação de um povo ser enquadrado como terrorista, devendo-se proporcionar a estes grupos possibilidades reais de se expressarem e alcançarem mudanças na Comunidade Internacional. No entanto, ainda que alguns caminhos tenham sido sugeridos, a dúvida de como enquadrar juridicamente os grupos terroristas e principalmente o terrorismo persiste. Por que não reconhecer o terrorismo como ato de guerra? Os grupos terroristas como sujeitos de Direito Internacional Público? E os terroristas como soldados? Será que desta forma não haveria uma maior possibilidade de diálogo com tais grupos e um maior respeito às minorias que se utilizam do terror? Por que não dialogar e permitir uma democracia mundial? Por que não fazer tratados concedendo e cobrando atitudes mais dignas dos que se utilizam desta tática de guerra? Muitas dúvidas persistem e merecem ser respondidas, ou no mínimo debatidas, para garantir uma maior justiça entre os povos e as minorias, evitando que mais pessoas inocentes sofram em todo mundo. Parece que o diálogo é a melhor maneira de evitar futuras chantagens de grupos fortemente armados, inclusive com armamentos nucleares e de destruição em massa. Também merece ser estudado quais sanções seriam legítimas e efetivas contra os terroristas, perguntando-se, antes disso, como punir não sujeitos de direitos. Basta a punição de indivíduos? E como, apesar de combater o terror, garantir o respeito aos direitos fundamentais da pessoa? A guerra contra o terror permite tudo?

Por certo, este artigo contribui de maneira insignificante ao tema, mas deixa muitas dúvidas a serem estudadas e clama por uma reflexão séria sobre o tema do terrorismo e dos

---

<sup>48</sup> PELLET, Sarah. *Op. cit.* p. 19.

grupos terroristas: o que é afinal o terrorismo? Quais as suas razões? Como evitá-lo? Como o direito deve atuar? Como a Comunidade Internacional deve posicionar-se? Como diferenciar a luta legítima de grupos oprimidos e atos covardes de grupos terroristas? O que se busca é que um dia o Direito Internacional Público possa ser justo e libertador, trazendo igualdade entre os povos, nações e Estados. Para tanto, o jurista atual precisa sempre guardar ao refletir:

Não basta o discurso-denúncia. Não basta o discurso antropologicamente simpático ou amigo (amigo das classes populares, amigos dos pobres, amigos do humanismo, amigo das esquerdas, etc.), como diz Canotilho. Mais do que isso, importa hoje, para o jurista participante, sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais. Este é o grande desafio contemporâneo. Cabe invadir um espaço tomado pelas forças conservadoras, lutando ombro a ombro, no território onde elas imperam, exatamente para, com a construção de uma nova dogmática, alijá-las de suas posições confortavelmente desfrutadas<sup>49</sup>.

## Referências

- ACCIOLY, Hildebrando. Tratado de direito internacional público. 2. ed. Rio de Janeiro: IBGE, 1956.
- BORRADORI, Giovanna. Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida. Tradução de Roberto Muggiati. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- CARR, Caleb. A Assustadora História do Terrorismo. Tradução Mauro Silva. São Paulo: Ediouro, 2002.
- CLÈVE, Clemerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. *In*: LEMBO, Cláudio. Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. Genebra: [s. ed.], [s. a.], disponível em [www.icrc.org](http://www.icrc.org), acesso em 31-10-2006.
- FARHAT, José. Silenciar a Al-Qaida. [s. l.]: [s. ed.], 09-08-2005. Disponível em: [http://www.icarabe.org/CN02/artigos/arts\\_det.asp?id=39](http://www.icarabe.org/CN02/artigos/arts_det.asp?id=39), acesso em: 31-10-2006.
- FERREIRA, Afonso G.; Galvão Walnice Nogueira. Diálogo agora ou chantagem mais tarde?. Folha de São Paulo. São Paulo, 12 out., 2004. Caderno Opinião, p. A3.

---

<sup>49</sup> CLÈVE, Clemerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. *In*: LEMBO, Cláudio. Uma vida dedicada ao Direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho, o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 37/38.

KANT, Immanuel. Lógica. Tradução de Gottlob Benjamin Jasche por Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

LASMAR, Jorge Mascarenhas. A Ação Terrorista e o Estado: Hegemonia e Contra-hegemonia nas Relações Internacionais. *In*: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Curso de direito internacional público. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. O Direito à Resistência Armada e o Terrorismo: Distinções. *In*: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ORDEM DE MALTA. Roma: [s. ed.], [s. a.], disponível em [www.orderofmalta.org](http://www.orderofmalta.org), acesso em 31-10-2006.

ORDEM DE MALTA. História. Roma: [s. ed.], [s. a.], disponível em [www.orderofmalta.org/storia.asp?idlingua=4](http://www.orderofmalta.org/storia.asp?idlingua=4), acesso em 31-10-2006.

PELLET, Sarah. A Ambigüidade da Noção de Terrorismo. *In*: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

REZEK, José Francisco. Direito internacional público: curso elementar. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento; ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SUTTI, Paulo; RICARDO, Sílvia. As Diversas Faces do Terrorismo. São Paulo: Harbra, 2003.

VIANNA, Rafael Ferreira. As concepções de terrorismo e o possível reconhecimento dos grupos terroristas como sujeitos de direito internacional público. 2005, 90 laudas, monografia apresentada como requisito para conclusão da Graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná – Curitiba, nov. de 2005.

# A UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL<sup>1</sup>

Mateus Costa Pinheiro<sup>2</sup>

Introdução; 1. Abordagem social e jurídica; 2. Hermenêutica do artigo 226 da Carta Magna; 3. A sócio-afetividade, a dignidade da pessoa humana, a não discriminação e a igualdade como elementos balizadores constitucionais; Conclusão; Referências.

## Introdução

Esta breve introdução tem como principal objetivo apontar ao leitor as questões mais importantes tratadas neste artigo. Não se pretende aqui adentrar propriamente no tema, pois ter-se-á a oportunidade de se fazer quando da leitura de todo o texto.

O tema abordado neste artigo é a “A união homoafetiva no Brasil”<sup>3</sup>. O estudo incide sobre as relações estáveis entre pessoas do mesmo sexo, como modalidade de família, sob a perspectiva social e principalmente jurídica.

O problema, que se pretende elucidar ao final do texto, é o que segue: o Direito reconhece a união homoafetiva como uma espécie de família e, em caso afirmativo, como se procede esta previsão?

Para enfrentar a referida questão, foi necessário analisar alguns pontos ao longo do artigo, que podem ser sintetizados do seguinte modo: conceito, características e requisitos da união homoafetiva; a possibilidade da existência desta união, como espécie de família, na sociedade brasileira; o comportamento do Direito frente a esta realidade; a hermenêutica do artigo 226 da Constituição Federal do Brasil de 1988 (taxativo x exemplificativo); e o papel exercido pelos princípios constitucionais da sócio-afetividade, da dignidade da pessoa humana, da não discriminação e da igualdade.

Vale dizer ainda que o autor se viu estimulado a escrever sobre este tema pela sua relevância jurídico-social e por observar uma abordagem preconceituosa de parcela significativa

---

<sup>1</sup> Texto elaborado em março de 2006 e publicado em junho do mesmo ano no site da Fundação da Escola Superior do Ministério Público do estado da Bahia – [www.fesmip.org.br](http://www.fesmip.org.br) – tendo sofrido nesta versão poucas alterações e não referentes ao conteúdo.

<sup>2</sup> Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

<sup>3</sup> Para combater o preconceito presente no termo “homossexualismo” Maria Berenice Dias inova trazendo para o debate público sobre o tema o termo homoafetividade, que exclui a associação a uma doença e ilustra bem esta união de pessoas ligadas essencialmente pelo afeto.

da doutrina pátria. Se este modesto artigo puder incitar o leitor à reflexão crítica já terá cumprido bem o objetivo proposto.

## **1. Abordagem social e jurídica**

A união homoafetiva pode ser entendida como uma espécie de família constituída pela união estável e pública entre pessoas do mesmo sexo<sup>4</sup> por livre opção afetiva (os demais requisitos para o reconhecimento como família serão explanados um pouco mais adiante). E fruto desta união informal há uma comunhão plena de vida, caracterizada por uma assistência mútua, tanto material (aspectos econômico-financeiros) como imaterial (apoio moral e afetivo).

Vale ressaltar que a homossexualidade sempre existiu na história da humanidade. Inúmeros são os relatos desde a Grécia Antiga cuja heterossexualidade era vista como fim maior de procriação, enquanto a homossexualidade era tida como uma necessidade natural (era comum o bissexualismo nesta cultura). (DIAS, 2001, p.28)

Na Idade Média houve uma repulsa grande à homossexualidade, principalmente pela influência da igreja que sacramentava o matrimônio entre o homem e a mulher e só concebia o sexo para fins de procriação. (DIAS, 2001, p.30-32)

Tamanho era o preconceito que a Medicina daquela época considerava a homossexualidade uma grave doença (DIAS, 2001, p.42)

O problema é que a concepção da igreja mencionada permanece exercendo grande influência na sociedade atual. E a Medicina até pouco tempo enquadrava ainda o “homossexualismo” no Código Internacional de Doenças. O sufixo “ismo” se refere a doença. (DIAS, 2001, p.42)

Não se conseguiu ainda desvendar a verdadeira origem da homossexualidade, certo é que não é doença. Para uns é atribuída a fatores genéticos, outros crêem em fatores psicossociais (que parece a hipótese mais coerente). De qualquer modo, os estudos mais recentes apontam para o fato de que a pessoa não opta livremente pela homossexualidade, ela simplesmente tem esta orientação sexual. (DIAS, 2001, p.48-49)

---

<sup>4</sup> Na união em tela é necessário, dentre outros requisitos, a existência de uma relação amorosa-sexual entre os parceiros, pois em caso contrário estará se tratando de uma outra espécie de família, a união entre amigos. A idéia original em cogitar a possibilidade do reconhecimento pelo Direito desta união como família foi do professor de Direito de Família da Universidade Salvador (UNIFACS), Procurador do Estado da Bahia e advogado Roberto Lima Figueiredo

Pela informalidade na constituição e desfazimento da união homoafetiva (a intervenção judicial incide apenas quando as partes passam a reclamar direitos entre si), ela acaba por assemelhar-se muito a uma união estável (relacionamento entre pessoas de sexos opostos).

É preciso ficar claro que não é qualquer relacionamento entre homossexuais que enseja a união em tela. Há três requisitos essenciais, comuns a todas as espécies de família, que devem ser aqui seguidos: a afetividade, a ostensibilidade e a estabilidade. Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p.3) é quem trabalha com estes critérios e explica-os bem:

- a) afetividade, como fundamento e finalidade da entidade, com desconsideração do móvel econômico e escopo indiscutível de constituição de família;
- b) estabilidade, excluindo-se os relacionamentos casuais, episódicos ou descomprometidos, sem comunhão de vida;
- c) ostensibilidade, o que pressupõe uma unidade familiar que se apresente assim publicamente.

Estes requisitos mencionados acima e os utilizados no conceito de união estável, presente no artigo 1723 do Código Civil brasileiro, se complementam. A diferença marcante é que neste artigo, ao contrário do que preceitua Paulo Luiz Netto Lôbo, há o requisito da diversidade de sexo e o objetivo de constituição de família é autônomo, não estando inserido no critério afetividade (este se encontra apenas implicitamente no artigo 1723).

É mais plausível trazer o objetivo de constituição de família de uma forma independente, como o artigo 1723 faz, para permitir uma análise mais apurada do caso concreto, já que em muitos relacionamentos, como, por exemplo, em um simples namoro, é comum estar presente apenas a afetividade, desatrelada daquele requisito.

E frente à imprescindibilidade da afetividade na formação das famílias contemporâneas, como será visto no tópico 4, este critério precisa também ser autônomo e explícito, como se encontra nos requisitos essenciais trazidos por Paulo Luiz Netto Lôbo.

Quanto à obrigatoriedade de diversidade de sexo, é importante dizer que este critério vale apenas na união estável, pois, como já fora visto, há outras espécies de família, como a união homoafetiva, em que vigora a igualdade de sexo entre os companheiros.

A título ilustrativo, imagine-se a situação de duas pessoas do mesmo sexo residindo juntas há mais de dez anos de forma intensa e ininterrupta (estabilidade); com uma unidade familiar constituída publicamente (ostensibilidade); com um vínculo amoroso-sexual (afetividade); e que tenha ainda este relacionamento sido estabelecido com o escopo de

constituição de uma família (objetivo de constituição de família).

Não há dúvida que neste exemplo hipotético, por estar preenchido todos os requisitos essenciais, está constituída uma família, cuja espécie é a união homoafetiva (companheiros do mesmo sexo), e que, semelhante a esta ilustração, existem inúmeros casos reais. Esta espécie de família vem tornando-se cada vez mais freqüente na sociedade brasileira.

O Direito não pode mais deixar de tutelar uma espécie de família que se encontra consolidada na sociedade, como é o caso da união em comento, pois, deste modo, além de atentar aos direitos dos homossexuais, enseja muitos litígios, gerando uma grande insegurança jurídica.

Compromete, assim, a sua própria legitimidade, pois quanto mais o Direito se afasta da realidade social, menos legítimo ele se torna. É o que demonstra Paulo Bonavides (1995, p.112) ao asseverar: *“A legitimidade é a legalidade acrescida de sua valoração. É o critério que se busca menos para compreender e aplicar do que para aceitar ou negar a adequação do poder às situações da vida social que ele é chamado a disciplinar.”*

Não é mera coincidência o fato das decisões dos juízes e as legislações de parlamentares, não raramente, ser um reflexo dos seus valores de classe, que, em muitos casos, mostram-se conservadores e discriminatórios com uma minoria que não segue os padrões impostos socialmente. Há um grande preconceito em aceitar algo que contraponha ao convencional, como a união homoafetiva.

É o Direito sendo utilizado como um instrumento de dominação de classe. Michel Foucault (1969, p.60) retrata bem a questão ao afirmar:

O Tribunal, arrastando consigo a ideologia da justiça burguesa e as formas de relação entre juiz e julgado, juiz e parte, juiz e pleiteante, que são aplicados pela justiça burguesa, parece-me ter desempenhado um papel muito importante na dominação da classe burguesa.

Vale fazer a ressalva que na contemporaneidade o Direito também é concebido, embora menos freqüente, de forma diversa: como um meio propiciador de justiças sociais.<sup>5</sup>

Este é o próprio sentido do princípio da igualdade (*caput* do artigo quinto da Carta Magna) considerado em seu aspecto material (tratamento desigual aos casos desiguais), superando a velha concepção do Estado Liberal da mera igualdade de todos perante a Lei

---

<sup>5</sup> Não cabe neste texto de pequena dimensão o aprofundamento da discussão acerca da Teoria Geral do Direito

(formal), reflexo da Revolução Francesa de 1789.

A Constituição Federal do Brasil traz em algumas de suas passagens a igualdade material, verdadeiro pilar da democracia, como, por exemplo, ao prever em seu inciso XX do artigo sexto a seguinte política afirmativa: “a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da Lei”. O próprio sistema de cotas, muito em debate hoje no Brasil, se fundamenta nesta concepção de igualdade.

Enfim, constatando-se que a união homoafetiva é uma espécie de família consolidada na sociedade e que o Direito não pode deixar de discipliná-la (por segurança jurídica, por legitimidade e por justiça social), resta investigar se este como se apresenta hoje já permite esta tutela ou se é necessário alguma implementação legislativa.

## **2. Hermenêutica do artigo 226 da Carta Magna**

A Constituição Federal do Brasil em seu artigo 226 traz explicitamente três espécies de família: o casamento, a união estável e a comunidade monoparental.

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.  
§1º O casamento é civil e gratuita a celebração.  
§2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.  
§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.  
§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.  
(...)

Pela simples leitura do artigo pode-se inferir que não há controvérsia no Direito quanto à previsão destas entidades familiares.

A polêmica reside em saber se há ou não a tutela de outras espécies de família, não previstas explicitamente (nem na Carta Magna, nem na legislação ordinária).

Para elucidar a problemática posta é preciso verificar se o artigo 226 da Carta Magna enumera as espécies de família de forma exemplificativa (*numerus apertus*) ou taxativa (*numerus clausus*). Vale adiantar que a maior parte da doutrina e dos julgadores apóia a segunda alternativa, mas o ponto de vista defendido neste texto é diverso, como será explanado a seguir.

O termo “família” presente no caput do artigo 226 da Carta Magna vigente está ali representando a família em sentido amplo. Trata-se, portanto, de cláusula geral de inclusão.

Enquanto o termo “entidade familiar” presente nos parágrafos terceiro e quarto deste artigo é a espécie do gênero família. E ao se afirmar no parágrafo quarto “Entende-se, também, como entidade familiar (...)”, o termo “também” reforça a cláusula geral de inclusão. (LÔBO, 2004, p. 04-05)

Percebe-se que o artigo em tela é exemplificativo, pois teve o intuito de trazer explicitamente em seus parágrafos algumas espécies de família -as mais comuns- deixando aberta a possibilidade para que outras espécies (do gênero família) fossem “também” reconhecidas, só que implicitamente, como é o caso da união homoafetiva.

Vale ressaltar que não há nenhuma vedação legal no sentido de excluir a tutela de outras espécies de família. Seria, inclusive, bastante incoerente listá-las taxativamente, pois novas espécies de família surgem e outras se modificam na sociedade.

Portanto, este é um problema meramente de hermenêutica, já que a exclusão das outras espécies de família “(...) *não está na Constituição, mas na interpretação*”. (LÔBO, 2004, p.05)

Uma vez demonstrado que a união homoafetiva está prevista implicitamente na Carta Magna, em seu artigo 226, é desnecessária a discussão sobre se esta união pode ser enquadrada na união estável ou no casamento.

Ela é simplesmente uma espécie de família autônoma, como afirma Cristiano Chaves de Farias (2004a, p. 09): “(...) *trata-se de modelo familiar autônomo, como a comunidade entre irmãos, tios e sobrinhos e avós e netos, merecedores de especial proteção do Estado*”.

### **3. A sócio-afetividade, a dignidade da pessoa humana, a não discriminação e a igualdade como elementos balizadores constitucionais**

Há outros importantes fundamentos que legitimam a disciplina jurídica da união homoafetiva, como o preâmbulo e os seguintes princípios da Carta Magna: a sócio-afetividade, a dignidade da pessoa humana, a não discriminação, a igualdade, a solidariedade, a liberdade, a cidadania, a proteção especial do Estado, dentre outros.

Foram priorizados, para a análise, os princípios da sócio-afetividade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não discriminação, pois têm uma ligação maior com a questão suscitada.

Antes de adentrar propriamente na análise do princípio da sócio-afetividade é mister tecer algumas considerações iniciais para uma melhor compreensão deste, até porque muitos ainda ignoram a sua existência e importância.

Nas Idades Moderna e Contemporânea, principalmente a partir da revolução industrial, ocorreram importantes mudanças na estrutura familiar.

Através da economia industrial, o homem passa a trabalhar muito tempo fora de casa, na fábrica, a mulher se insere também no mercado de trabalho e os filhos passam a ser educados por instituições de educação e não mais em seu próprio domicílio. (VENOSA, 2003, p. 20)

Vale enfatizar neste processo a conscientização e a busca da independência pela mulher, como bem destaca Sálvio de Figueiredo Teixeira (2005, p. 26):

Mas o papel desenvolvido pela mulher no exercício de ofícios outros que não apenas os domésticos constitui o cerne de uma nova evolução dentro da família: a busca da igualdade. Ao assumir o trabalho, a mulher passa a reivindicar seus direitos civis e políticos, cuja expressão de aspirações se dá mediante o surgimento do feminismo, intermitente no século XIX e constante no século XX.

Nesta perspectiva, velhas famílias fundadas por interesses político-econômicos, como nas Idades Antiga e Média, passam a se dissolver e novas famílias surgem mais informais, nucleares e democráticas: fundadas prioritariamente pelo afeto.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 foi a grande responsável por tutelar a nova concepção da família, a sócio-afetiva, presente na sociedade brasileira. Talvez de uma forma um pouco tímida, mas se comparada com as Constituições e Leis anteriores tratou-se de um grande avanço. A maior prova disso foi o rompimento com o exclusivismo histórico do matrimônio. Segundo Cristiano Chaves de Farias (2004b, p. 23):

De fato, o legislador constituinte apenas normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural, e o casamento, uma solenidade, uma convenção social, adaptando, assim, o Direito aos anseios e necessidades da sociedade (...).

Rodrigo da Cunha Pereira (2004, p. XI) retrata bem esta família sócio-afetiva, que fora reconhecida pelo Direito:

Desde que a família deixou de ser, essencialmente, um núcleo econômico e de reprodução, e passou a ser o espaço do amor, do companheirismo e do afeto, todos os elementos da organização jurídica da família ficaram profundamente alterados [...]. Todas essas modificações interferindo no *modus familiae* chegaram ao século XXI

trazendo para o Direito de Família a incorporação definitiva do afeto como valor jurídico.

Neste contexto, o princípio da sócio-afetividade consiste em entender a família como um espaço próprio para o afeto, que permita o livre e adequado desenvolvimento físico, psíquico e moral de todos os seus membros. O afeto indubitavelmente passa a ser encarado como um valor jurídico.

Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p. 08) discorre sobre este princípio:

O princípio da afetividade tem fundamento constitucional; não é petição de princípio, nem fato exclusivamente sociológico ou psicológico. No que respeita aos filhos, a evolução dos valores da civilização ocidental levou à progressiva superação dos fatores de discriminação, entre eles. Projetou-se, no campo jurídico-constitucional, a afirmação da natureza da família como grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade, tendo em vista que consagra a família como unidade de relações de afeto, após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procracionais, econômicas, religiosas e políticas.

Para não restar qualquer dúvida quanto à existência e importância deste princípio vale ainda mencionar onde ele está presente no ordenamento jurídico pátrio.

Na Constituição Federal do Brasil o princípio em tela pode ser encontrado implicitamente, a título de exemplo:

- a) No artigo 227, parágrafo sexto, ao tratar em pé de igualdade o filho concebido no matrimônio ou fora deste, independentemente se biológico ou não, pois o que interessa realmente é a relação afetiva entre os integrantes de uma família; (LÔBO, 2004, p.8);
- b) No artigo 226, ao abarcar novas espécies de família que se encontravam presentes na sociedade, rompendo-se, assim, com o “monopólio” do matrimônio, que é um instituto muito solene e que neste muitas vezes não estava presente as relações afetivas. (LÔBO, 2004, p.8)

No Código Civil brasileiro, este princípio pode ser identificado, por exemplo, no inciso III do artigo 1.566, ao trazer como dever dos cônjuges a mútua assistência (material e principalmente imaterial, pela necessidade da solidariedade e afeto no casamento).

A união homoafetiva está certamente incluída na nova concepção da família, recepcionada pelo Direito, pois, pelo demonstrado, o mais importante não é a espécie de família que o indivíduo está inserido e, sim, a existência um forte laço afetivo que una os seus integrantes (que indubitavelmente independe do sexo dos companheiros).

Em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana (princípio este fundamental no ordenamento jurídico e previsto explicitamente no inciso III do artigo primeiro da Constituição

Federal do Brasil), vale dizer que através deste a família passa a ter um papel muito importante, pois é reconhecida como o espaço propulsor da dignidade do indivíduo (forte correlação com o princípio anteriormente tratado). A família atual pode ser compreendida como o “*núcleo fundamental, a base mais sólida em que repousa toda a organização social*” (MONTEIRO, 2004, p.01).

O não reconhecimento pelo Direito da união homoafetiva afronta diretamente a dignidade destes sujeitos, que não podem ver suas famílias tuteladas e nem expressar livremente a sexualidade.

Os direitos à personalidade, que se fundamentam na dignidade da pessoa humana, como no caso em tela o direito à privacidade e à intimidade (previstos explicitamente no inciso X do artigo quinto da Carta Magna) das pessoas escolherem livremente os seus companheiros sem sofrer restrições de direitos, não podem continuar sendo desrespeitados desta forma pelo Judiciário, sob pena de propiciar, além de uma grande injustiça, uma perda da individualidade dos cidadãos. Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2005, p. 244) trata bem deste aspecto:

Um dos principais conceitos na discussão sobre a autonomia jurídica individual e a autonomia privada e os direitos de personalidade é o de respeito à vida privada, em sentido amplo, que se volta para a liberdade de vida das pessoas, significando o direito que a pessoa tem de conduzir sua vida por si mesma, sem direcionamentos públicos, venham estes do Estado, da Sociedade ou de outro indivíduo ou grupos de indivíduos, desde que suas ações não causem danos a terceiros ou não ponham em risco a ordem pública. Esse conceito é muito importante diante do progressivo nivelamento dos indivíduos na sociedade de massa. O exercício positivo dos direitos de personalidade pode ser um anteparo a esse projeto homogeneizante.

Havendo controvérsia, a norma constitucional deve ser interpretada da maneira a assegurar a dignidade da pessoa humana, que é, justamente, não deixando de tutelar esta espécie de família. Segundo Cristiano Chaves de Farias (2004b, p. 25-26):

Nesse passo, sendo possível extrair diferentes sentidos da leitura de determinado dispositivo constitucional, deve prevalecer o que determine maior alcance social, conferindo eficácia e efetividade ao princípio da dignidade de cada um dos que integram o núcleo familiar (§8º do art. 226, CF).

O princípio da não discriminação (previsto explicitamente no inciso IV do artigo terceiro da Carta Magna) veda qualquer preconceito em razão do sexo. É neste sentido que o homossexual não pode sofrer nenhuma discriminação em razão da sua orientação sexual. O próprio preâmbulo constitucional reforça esta idéia ao prever um Estado Democrático de Direito

destinado a assegurar, dentre outros valores supremos, a justiça, a liberdade, a igualdade e o bem estar, em uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

É importante se dizer que no texto original do inciso IV havia a previsão do termo “orientação sexual”<sup>6</sup>, muito mais preciso e coerente, contudo o constituinte, de última hora, antes da aprovação, retirou o termo para não correr o risco de desagradar setores mais conservadores da sociedade, como informou o presidente do Grupo Gay da Bahia, Luiz Mott. (informação verbal)<sup>7</sup>.

Já o princípio da igualdade (previsto explicitamente no caput do artigo quinto) afirma que todos são iguais perante a lei, logo, não há porque o homossexual receber tratamento diferenciado desta só por causa de uma orientação sexual diversa da maioria da sociedade. Poder-se-ia, inclusive, pela própria concepção contemporânea da igualdade material, cogitar-se um tratamento diferenciado ao homossexual, sim, só que mais benéfico, como modo de propiciar um tratamento realmente igualitário e acabar de vez com todo o preconceito social existente (tratamento desigual aos casos desiguais).

Pela análise dos princípios da sócio-afetividade, da dignidade da pessoa humana, da não discriminação e da igualdade restou comprovada a importância destes para o reconhecimento da união homoafetiva como uma espécie de família prevista implicitamente na Carta Magna.

## **Conclusão**

Ficou evidenciado, primeiramente, que a união homoafetiva é uma espécie de família existente na sociedade (respeitando-se os requisitos da afetividade, da estabilidade, da ostensibilidade e do objetivo de constituição de família) e , por questão de segurança jurídica, legitimidade e justiça social, demanda uma tutela jurídica.

Posteriormente, demonstrou-se que esta união encontra-se implicitamente abarcada no artigo 226 da Carta Magna (pela hermenêutica, pelos preceitos e princípios constitucionais elencados, com destaque a sócio-afetividade, a dignidade da pessoa humana, a não discriminação e a igualdade).

Deste modo, para combater o preconceito social e evitar mais controvérsias quanto ao

---

<sup>6</sup> A Constituição Portuguesa em seu artigo 13, número 2, faz menção do termo orientação sexual.

<sup>7</sup> Palestra realizada por Luiz Mott em 12 de maio de 2005 sobre a união entre homossexuais no Seminário Tendências Civilistas Contemporâneas organizado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia e o curso *Modus Faciendi*.

reconhecimento desta espécie de família (a corrente majoritária da doutrina e dos julgadores não aceita a previsão das famílias implícitas), que pode ainda ensejar muito mais litígios (levando a uma insegurança jurídica), é necessário que o Direito passe o mais breve possível a discipliná-la também explicitamente.

O que não pode mais ser concebido é a freqüente equiparação pelos Tribunais da união homoafetiva, que consiste em um espaço próprio para o livre afeto entre os integrantes desta família, a uma sociedade de fato, meramente lucrativa.

O pioneiro Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é uma exceção a esta assertiva, pois, no que diz respeito à relação entre homossexuais, já vem acertadamente deslocando a competência das varas cíveis, que equiparam estas uniões às sociedades de fato (viés patrimonial apenas), para as varas de família, que tratam de relações de afeto (viés sócio-afetivo). É o exemplo do Agravo de Instrumento nº 599075496 (Oitava Câmara Cível):

RELAÇÕES HOMOSSEXUAIS. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE SEPARAÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO DOS CASAIS FORMADOS POR PESSOAS DO MESMO SEXO.

Em se tratando de situações que envolvem relações de afeto, mostra-se competente para o julgamento da causa uma das varas de família, à semelhança das separações ocorridas entre casais heterossexuais. Agravo provido (DIAS, 2003, p.24)

Para ficar mais claro este processo anacrônico de reconhecimento pelo Direito dos fatos sociais, que só vem a reforçar a necessidade do debate constante acerca da união homoafetiva, vale discorrer um pouco sobre o exemplo da união estável.

A união estável, mesmo estando consolidada na sociedade, tardou por ser considerada pelo Direito uma família. Isso só se deu com a Constituição Federal do Brasil de 1988. Anteriormente, era tida pelo Direito como uma relação concubinária e equiparada a uma sociedade de fato, com o escopo de dividir ao final do relacionamento o patrimônio adquirido com o esforço comum, evitando, assim, o enriquecimento ilícito (Súmula 380 do Supremo Tribunal Federal), visto que não havia nem mesmo previsão implícita desta espécie de família.

Em relação à união homoafetiva, espécie de família consolidada na sociedade e prevista implicitamente na Carta Magna, há o Projeto de Lei 1.151/95, de autoria de Marta Suplicy, que ainda está em trâmite, aguardando aprovação do plenário. Este projeto disciplina a união civil entre os homossexuais não equiparada ao casamento. Contudo, o mais grave é que, mesmo antes de ser aprovado, já é alvo de críticas bastante razoáveis.

O presidente do Grupo Gay da Bahia, Luiz Mott, por exemplo, na palestra já mencionada anteriormente, considerou o projeto de Marta Suplicy muito limitado, pois este não foi capaz de disciplinar, mesmo com o respaldo da Constituição Federal do Brasil de 1988, a união homoafetiva como família. Trata-se, portanto, de um retrocesso.

Para a união homoafetiva não cabe outra forma de disciplina senão como uma espécie de família. Qualquer equiparação a outro instituto do Direito, como à sociedade de fato, está se desrespeitando a Carta Magna, violando, deste modo, importantes direitos dos integrantes desta família, como, por exemplo, a previsão de alimentos, além de atentar à própria dignidade destes sujeitos.

Por todo o exposto, nada mais apropriado do que finalizar o texto com um trecho da poesia imortal “Pra não dizer que não falei das flores” de Geraldo Vandré: “Vem vamos embora que esperar não é saber/ Quem sabe faz a hora não espera acontecer”.

## **Referências**

BONAVIDES, Paulo. Teoria do Estado. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; COSTA, Judith Martins. Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; MAFRA, Tereza Cristina Monteiro. Comentários ao Novo Código Civil - Do Direito Pessoal (arts. 1511 a 1590). TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005. 17 v.

DANTAS, Santiago. Direito de Família e das Sucessões. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

DIAS, Maria Berenice. União Homossexual: O Preconceito & a Justiça. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. Homoafetividade: O que diz a Justiça! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: direito de família. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 5 v.

FACHIN, Luiz Edson. Direito de família. In: Comentário Sobre o Projeto do Novo Código Civil. 20 v. Brasília: Série Caderno do Centro de Estudos Jurídicos, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves. A União entre homossexuais é protegida constitucionalmente? A união estável e as sociedades de fatos e Uniões Homoafetivas: questão de respeito à Constituição. Salvador: Jus Podivm, a. I, n. 1, p. 20 a 28, Abril/Maio/Junho, 2004a.

\_\_\_\_\_. Direito Constitucional à Família (ou Famílias Sociológicas versus Famílias reconhecidas pelo Direito: um Bosquejo para uma Aproximação Conceitual à Luz da Legalidade Constitucional). In: FARIAS, Cristiano Chaves (org.). Temas Atuais de Direito e Processo de Família. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004b.

FOUCAULT, Michel (org. e trad. Roberto Machado). Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1979.

LÔBO, Paulo Luís Netto. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. In: FARIAS, Cristiano Chaves de.(Org.). Temas atuais de Direito e Processo de família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 2 v.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 5 v.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Direito de Família: Uma abordagem psicanalítica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

REALE, Miguel. As diretrizes fundamentais do Projeto do Código Civil. In: Comentário Sobre o Projeto do Novo Código Civil. 20 v. Brasília: Série Caderno do Centro de Estudos Jurídicos, 2002.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: Direito de Família. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 6 v.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 6 v, 4. ed.. São Paulo: Atlas S.A., 2004.

WALD, Arnold. Curso de Direito Civil Brasileiro – O novo Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2003.

# ***JUS PUNIENDI E GLOBALIZAÇÃO:*** **O PUNITIVISMO ENTRE A CRISE E A EXPANSÃO**

**Admaldo Cesário dos Santos<sup>1</sup>**

Considerações Iniciais; 1. A Quebra das Garantias Clássicas; 2. A Intervenção Estatal como Hipertrofia Punitiva; 3. Seletividade; 4. Por um Abolicionismo Penal?; 5. Por uma Política Criminal Racional; Considerações Finais; Referências

## **Considerações iniciais**

Na era pós-industrial a sacralização da técnica e da ciência tem assumido o lugar dos valores humanos. O homem, gradativamente, atinge o processo de *coisificação*, passando da condição de senhor para assumir a posição degradante de objeto da sua própria história. Os valores intrínsecos à humanidade têm cedido lugar, cada vez mais, a valores totalmente desumanos, cujas acepções se revestem de verbos de concorrência. Somar, obter e superar são os novos valores ditados pela nova ordem mundial<sup>2</sup> que se nos apresenta com uma nova roupagem. Se, dantes, o Colonialismo e a Revolução Industrial geraram a massa da miséria e as mazelas da desumanidade, hoje, essa mesma massa se repete com o mesmo cariz: revolução tecnológica e concentração de capital<sup>3</sup>, vale dizer, Globalização.

A racionalização dos valores humanos, malgrado insculpida na letra da lei, e garantida pelos princípios, não mais se plasma na observância aos direitos fundamentais. O direito penal clássico, defensor dos direitos fundamentais e dos limites à atuação desenfreada do Estado, cede lugar a um novo *Jus Puniendi*, desta feita plasmado na inobservância às garantias do homem.

Ao invés de ser utilizado para proteger determinados bens jurídicos<sup>4</sup> e assegurar garantias ao homem, o direito penal tem assumido o aspecto de um direito meramente repressor, cujo

---

<sup>1</sup> Advogado, Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Olinda, Pós-graduado em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Pernambuco-UNICAP, Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal.

<sup>2</sup> NEUMAN, Elías. El sistema penal y sus víctimas. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Madrid, n. 11, p. 483-493, junio, 1986, p. 483.

<sup>3</sup> ALVES, J. A. Lindgren. A Declaração dos Direitos Humanos na pós-modernidade. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAÚJO, Nádia de (orgs.). *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 146 e ss.

<sup>4</sup> Gradativamente, o conceito de bem jurídico assume carizes ilimitados. Não mais comporta uma capacidade limitadora ou garantista. As normas penais assumem características difusas, apresentando-se como aspectos de interesses comunitários de amplo espectro. A política criminal, na *praxis*, não se vislumbra limitada pelas exigências ontológicas da noção de bem jurídico. Pelo contrário: ultimamente, tem se manifestado por um extenso rol de crimes, cuja ordem protege objetos pouco tangíveis, como também por uma repressão antecipada de condutas em que não se vislumbra claramente a lesão. Sobre críticas nesse sentido *Vide* GOMES, Luiz Flávio e YACOBUCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do Direito Penal tradicional*. São Paulo:

objetivo não é senão atuar justamente para escamotear as mazelas geradas pela Sociedade. O Estado gera a criminalidade, por meio de seus fatores etiológicos, e, ao invés de minorar ou solucionar os próprios problemas por Ele causados, dá como resposta paradoxal o peso fragoroso da lei penal.

Em plena era tecnológica deste novo estágio por que passa a sociedade, a figura do direito penal tem servido como um antídoto ideológico<sup>5</sup>, não para proteger bens jurídicos ou assegurar a paz social — o que aliás deveria ser por ser o seu múnus primordial —, mas para reprimir aquilo que o Estado deveria solucionar.

Nos capítulos que se seguem, tentaremos esboçar alguns elementos contributivos à instrumentalização do *Jus Puniendi* que ultimamente exerce a degradante função de atuar como um meio desumano do aumento das mazelas, causadas pelo processo ideológico punitivo, originadas pelo sistema penal.

## 1. A quebra das garantias clássicas

Ao mencionarmos as clássicas garantias do direito penal, devemos nos referir ao pensamento Iluminista, cuja irrupção deu ênfase às necessidades racionalistas, instaurando um humanismo que se fazia necessário à nova ordem, ante os abusos cometidos por parte da ordem absolutista do Estado Moderno.

O Pensamento Iluminista justificou o direito punitivo ao enfocá-lo como uma consequência derivada do contrato social. Por meio desse contrato, os indivíduos que dantes logravam o direito de exercer a força sobre os demais, transferiram esse poder a uma figura superior, posto que, eles, por serem em grande número e desfrutarem de opiniões diversas, corriam o risco de se encontrarem em constante conflito, haja vista as aspirações de uns não serem iguais às dos demais. Daí, pois, a necessidade premente da irrupção da figura Estatal que, por meio desse contrato, passou a exercer tal direito em nome daqueles que Lhe atribuíram tal mister<sup>6</sup>, passando a exercer o monopólio da coação e da sanção.

A noção de contrato social, como base geradora de legitimação política, compeliu colocar

---

Revista dos Tribunais, 2005, v. 13, p. 75.

<sup>5</sup> Cumpre notar que, uma das funções do caráter ideológico do sistema penal consiste em querer transmitir a imagem de que aquilo que se transmite, malgrado que de forma falaz ou ilusória, constitue uma verdade pura. Neste diapasão, cf. CABRAL DE MONCADA, Luis. *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004, v. 1, p. 222.

<sup>6</sup> BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza, 1986, p. 27.

no centro das atenções o direito dos indivíduos na esfera da proteção penal.

Não obstante recebendo a nobre missão de exercer o monopólio punitivo, o direito penal clássico tornou-se o responsável pela construção histórica de um *Jus Puniendi* voltado à tutela fundamental dos direitos humanos, contra as intervenções punitivas desmesuradas desse mesmo Estado. Em suma, temos que o Estado passou a exercer o monopólio da punição, mas dentro de limites, neles encontrando-se a supressão de abusos aos direitos e garantias individuais, compulsoriamente.

Os referenciais iluministas — utilizados contra os abusos do *Ancien Règime*<sup>7</sup> — encontram-se, ainda hoje, albergados no direito, como um cabedal que jamais pode ser denegado. Com ele, desenvolveu-se um conjunto de bases limitadoras ao exercício do poder estatal. O serviço à proteção dos bens jurídicos e as garantias à liberdade do cidadão, ante a intervenção estatal, constituíram as pilastras basilares desse referencial<sup>8</sup>.

Tais bases, nos atuais dias, servem de referência aos direitos e garantias, para impedir a hipertrofia de um direito penal que, ultimamente, tem se manifestado como negação de liberdades e direitos.

## **2. A intervenção estatal como hipertrofia punitivista**

Sem embargo de o Estado, por meio da aplicação da lei penal, dever intervir apenas para garantir a convivência social e preservar os bens jurídicos, que, aliás, constitui seu principal múnus, o direito penal tem se constituído como um meio irreal e falacioso pelo fato de não cumprir seu verdadeiro papel. Tem sido utilizado pelo Estado, sobretudo em plena era globalizante, muito mais como um instrumento de pedagogia social, do que como meio de proteção dos bens jurídicos e da paz sociais.

Irrefutável é a constatação — pelo menos na realidade brasileira — do uso desenfreado do direito penal como instrumento de interesses políticos e midiáticos, como principal arma de combate à criminalidade e asseguramento da sensação de bem-estar social.

Seus anseios sobre o endurecimento das penas (*Law and Order*)<sup>9</sup> à falsa contenção da

---

<sup>7</sup> Que se caracterizou pelas figuras abusivas do despotismo, da violência e arbitrariedade.

<sup>8</sup> Neste diapasão, cf. GOMES, Luiz Flávio e YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *Op. cit.*, p. 18-19.

<sup>9</sup> Os governos e grande parte da sociedade costumam acreditar que a inflição de leis penais cegas e draconianas, sem um implemento de políticas públicas direcionadas à população, pode, por si só, reduzir a criminalidade. Malgrado proibida no Brasil — salvo em caso de guerra declarada como pontifica a Constituição Federal — a figura da pena de morte tem sido trazida à baila,

criminalidade e as respostas simples e falaciosas para coibir o caos social, produzido pela ingerência estatal, têm sido buscados no direito penal. A sociedade e o Estado criam as mazelas da criminalidade, e Este, como resposta pura e simples para combater o mal causado, apresenta a figura da pena como único instrumento capaz de dirimir o caos. Cria-se o veneno, e, ao invés de debelá-lo com um antídoto adequado, ministra-se como antídoto um outro veneno — dessa vez mais forte. É o uso distorcido de um direito punitivo — que deixa de cumprir seu verdadeiro papel — como meio de garantir aquilo que o Estado sonega. Daí, portanto, a caracterização distorcida, incapaz de cumprir sua finalidade.

### 3. Seletividade

Outro problema grave que acomete a justiça criminal reside na questão da impunidade de determinados grupos, sobretudo daqueles detentores do poder. Tal problemática não é nova. Verifica-se desde antanho. Sem embargo, em plena era globalizante, acentua-se desmesuradamente, fazendo cair por terra a afirmação de que a norma penal — por lograr os efeitos *erga omnes* e da impessoalidade —, recai sobre todos, indistintamente.

Com muita propriedade, aduz ZIPF<sup>10</sup>, que se designa como “cifra negra” a diferença entre os fatos puníveis efetivamente perpetrados e os que se dão a conhecer oficialmente.

Esta tendência dos fatos puníveis constitui um problema político-criminal de grande magnitude, sobretudo no que pertine ao fator seletividade. Inobstante a Constituição Federal pontificar o tão consagrado Princípio da Isonomia, consoante o qual todos são iguais perante a lei, uma outra realidade graceja de nossas faces, demonstrando que a igualdade formal não passa de figura mítica<sup>11</sup>.

A criminologia, tradicionalmente, tem contemplado a criminalidade como se estivesse arraigada na parte mais baixa da estrutura piramidal social<sup>12</sup>. O crime é muito mais difundido pela figura estereotipada do criminoso<sup>13</sup>, do que por suas causas sociais. Não se questiona o

---

pela mídia, como principal instrumento de contenção dos crimes contra o patrimônio.

<sup>10</sup> Cf. ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Madrid: Derecho Reunidas, 1979, p. 112.

<sup>11</sup> Num enfoque crítico sobre a igualdade formal vide VASSOURAS, Vera Lúcia C. *O mito da igualdade jurídica no Brasil*: notas críticas sobre a igualdade formal. São Paulo: Edicon, 1995, p. 118 e ss.

<sup>12</sup> Cf. DE MIGUEL PEREZ, Isidro. El delincuente y la sanción. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Madrid, n. 11, p. 250-255, junio, 1986, p. 252 e ss. “*Habría un segundo sector de individuos peligrosos en los que la marcha hacia el delito aparece con más gravedad. Serían éstos: el de los mendigos y los vagabundos, prostitutas, rufianes y proxenetas; el de los sujetos que se dedican a frecuentar casas de juegos prohibidos y en general los malvivientes...*”

<sup>13</sup> YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução Renato

porquê do fator etiológico social do crime, mas sim, como foi praticado.

A criminalidade dos poderosos (*White Collar Criminality*) é um fenômeno que acomete todos os sistemas políticos. Em sede de realidade brasileira, figuras delitivas como prevaricação, fraude eleitoral, corrupção e criminalidade econômica constituem a tônica da realidade. Figuras delitivas essas, muito mais prejudiciais aos desenvolvimentos econômico e social que as comuns em relação ao patrimônio. Entrementes, raros são os casos de punição quando os crimes perpetrados têm como figuras os detentores do poder de regência. O conceito de periculosidade não está nesses crimes de repercussão social, aviltantes do desenvolvimento humano como um todo — como grande parte da sociedade equivocadamente cogita —, mas nos crimes contra o patrimônio (roubo, furto, apropriação indébita etc.), perpetrados por aqueles que já nascem fadados a serem vítimas do sistema injusto que os vitimiza.

De tais constatações se deduz que, o direito penal não protege igualmente a todos, como deveria, senão somente os bens considerados essenciais; e, quando pune, fá-lo com intensidade desigual<sup>14</sup>, distribuindo desigualmente o *status* de criminoso.

#### 4. Por um abolicionismo penal?

Diante do ilimitado e distorcido uso do direito penal como instrumento de pedagogia social, sem que surtam os desejados efeitos a que se aspira, resta-nos fazer a seguinte indagação: faz-se necessária uma premente abolição do sistema penal?

Na concepção Hulsmaniana<sup>15</sup>, o sistema penal tem sido concebido como um clima de teologia Escolástica, em que há uma consonância herdada de séculos, profundamente arraigada nas consciências entre o sistema punitivo que conhecemos e uma determinada apresentação religiosa do mundo<sup>16</sup>.

O componente ideológico do sistema criminal encontra-se jungido a uma cosmologia que implica um ponto absoluto: Deus. Ocorre que, sem aperceber-se disso, é com relação a esta figura absoluta que estão tentados a identificar-se os que participam do discurso do sistema da justiça

---

Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 70 e ss.

<sup>14</sup> Neste diapasão cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 161 e ss.

<sup>15</sup> HULSMAN, Louk e DE CELIS, J. Bernat. *Sistema penal y seguridad ciudadana*: hacia una alternativa. Barcelona: Ariel, 1984, p. 56.

<sup>16</sup> HULSMAN, Louk e DE CELIS, J. Bernat. *Op. cit.*, p. 56.

criminal<sup>17</sup>. Neste diapasão, a figura divina retirou-se do cenário, sem embargo, um ponto absoluto tomou seu lugar: a lei e as instituições do momento, que se consideram como expressão de uma justiça eterna<sup>18</sup>.

De notar-se que, em virtude disso, tal sistema não pode subtrair-se às críticas. Assim, o que se deve denunciar é a culpa artificial que ele produz. Em numerosos casos, a experiência do processo e o encarceramento produzem nos condenados um estigma bastante profundo e irreversível. Por isso esgrime que, consoante estudos científicos sérios e reiterados, as definições legais e o rechaço social impulsionam alguns a viverem como seres realmente desviados, como se estivessem verdadeiramente situados à margem<sup>19</sup>. Assim, o sistema penal, além de ser um meio criado para gerar violência, gera também o delinqüente<sup>20</sup>.

Eis que, diante da incontroversa e irreversível problemática, torna-se urgente a supressão por completo do sistema penal. Em substituição a ele, propõe Hulsman um processo dialógico, pela atuação de outras instâncias de controle, mormente pela descentralização da máquina punitiva estatal. Para isso, necessário seria envidar uma desarticulação de todas as concepções, preconceitos e estereótipos associados ao que se entende por “delito”, “criminalidade” e “delinqüente”<sup>21</sup>. A linguagem do sistema penal deveria ser revista. Neste diapasão, a figura “delito” desapareceria, sendo substituída pela expressão “Situações-Problema”. A política criminal seria substituída por técnicas de soluções de conflito, e a “Situação-Problema” pertenceria às partes implicadas, cujas soluções deveriam ser buscadas por elas próprias, por meio do sistema civil.

## 5. Por uma política criminal racional

Diante da grave crise que se avulta, é preciso que novos rumos de orientação sejam tomados. E outro não é o caminho senão uma perfeita simbiose entre “ser” e política criminal. Com muita propriedade, adverte-nos ZAFFARONI<sup>22</sup> que, para que o discurso jurídico-penal seja, no mínimo, reputado verdadeiro, exige-se uma forte coerência entre este e a operatividade social.

---

<sup>17</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>18</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>19</sup> *Idem, ibidem*, p. 58.

<sup>20</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>21</sup> ANIYAR DE CASTRO, Lola. Criminologia da libertação. Tradução Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005 (Instituto Carioca de Criminologia), p. 142.

<sup>22</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução Vânia Romano

Sem esta simbiose não há falar-se em eficácia punitiva, senão em violência e inoperatividade.

Assim, concordando com Rodríguez Devesa<sup>23</sup>, esgrimimos a concepção de que, para que uma política criminal seja reputada eficiente, será preciso haver uma busca de soluções legislativas para os problemas que o delito faz surgir na sociedade, vale dizer, despenalização de alguns atos, melhorias de técnicas legais, modificações processuais, e criminalização de condutas que realmente vulnerarem a paz social, e que, até agora, não foram reconhecidas pela lei penal — sejam incluídas nesse rol aquelas cujo dano afete potencialmente a sociedade, e praticadas por quem tem o poder de regência. De notar-se que o objeto da política criminal deve ser, também, não só a criminalidade convencional, mas, também, a não convencional, tendo em conta o efeito determinante do poder, do desenvolvimento e da desigualdade social<sup>24</sup>.

Não se esgota, ainda, nas necessidades supra, mas se exige, também, que a finalidade da política criminal finque suas bases numa justiça social penal humanitária, de modo a respeitar os direitos e garantias individuais e coletivos, essenciais ao Estado Democrático de Direito.

### **Considerações finais**

Do exposto se infere que, em pleno estágio globalizante, o direito penal não só perdeu a noção de proteção, como também tem sido utilizado como arma ideológica estatal para arrefecer ou erradicar as mazelas sociais. Àquilo que o Estado sonega ou cria injustamente, utiliza-se o *Jus Puniendi* como arma. Não se afigura como meio de combate às injustiças, ou como fator de proteção de determinados bens jurídicos, senão como arma ideológica para escamotear os males sociais que deveriam ser erradicados.

A sociedade e o Estado criam os fatores etiológicos da criminalidade e, ao invés de eliminá-los, dão como resposta incongruente o peso do poder punitivo, como se o direito penal pudesse ser usado como instrumento de pedagogia social, e como se a pena fosse o único meio necessário de política criminal à contenção da criminalidade.

Concordamos com Hulsman quando diz que o sistema penal não só cria o crime, mas também a violência. Discordamos dele no sentido de que deva ser o sistema penal abolido por completo. Pelo contrário: defendemos a aplicação do sistema penal. Aliás, ao alienar o poder

---

Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 19.

<sup>23</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, José Maria. Las nuevas tendencias de la política criminal. *Estudios Penales y Criminológicos (Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela)*. Vigo, v. VI, pp. 243-245, 1983, p. 243-244.

punitivo a outras instâncias particulares, em hipótese alguma, teríamos a garantia de soluções conflituais em bases punitivas menos violentas. Assim, pontificamos a aplicação da lei, mas, alicerçada em alternativas; de um direito penal mínimo, com a estrita observância aos princípios basilares, como balizas que são do Estado Democrático de Direito.

## Referências

ANIYAR DE CASTRO, Lola. Criminologia da libertação. Tradução Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005(Instituto Carioca de Criminologia).

BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal: lineamientos para una Teoría del Bien Jurídico. Revista Mexicana de Justicia. México (Distrito Federal), n. 3, v. VIII, p. 38-50, julio-septiembre, 1990.

\_\_\_\_\_. Criminología crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociología do Direito Penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Traducción de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza, 1986.

CABRAL DE MONCADA, Luis. Estudos de Filosofia do Direito e do Estado. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2004, v. 1.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Peligrosidad y Derecho Penal preventivo. Barcelona: Bosch, 1986.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In: MIR PUIG, Santiago (org.). La política criminal en Europa. Barcelona: Atelier, 2004.

DE MIGUEL PEREZ, Isidro. El delincuente y la sanción. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, n. 11, p. 250-255, junio, 1986.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios de Derecho Penal. Madrid: Tecnos, 1990.

GOMES, Luiz Flávio e YACOBUCCI, Guillermo Jorge. As grandes transformações do Direito Penal tradicional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 13.

HULSMAN, Louk e DE CELIS, J. Bernat. Sistema penal y seguridad ciudadana: Hacia una Alternativa. Barcelona: Ariel, 1984.

---

<sup>24</sup> Cf. LOPEZ-REY, Manuel. Criminología: criminalidad y planificación de la política criminal. Madrid: Aguilar, 1978, p. 348.

- LOPEZ-REY, Manuel. Criminología: criminalidad y planificación de la política criminal. Madrid: Aguilar, 1978.
- MIR PUIG, Santiago. Función de la pena y Teoría del Delito en el Estado Social y Democrático de Derecho. Barcelona: Bosch, 1982.
- NEUMAN, Elías. El sistema penal y sus víctimas. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid, n. 11, p. 483-495, junio, 1986.
- PIZARRO BELEZA, Teresa. Direito Penal. 2. ed., Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAF DL), 1984, v. 1.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Política criminal: novos desafios, velhos rumos. Revista da Universidade Lusíada. Lisboa, série II, n. 3, pp. 15-37, 2005.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José Maria. Las nuevas tendencias de la política criminal. Estudios Penales y Criminológicos (Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela). Vigo, v. VI, pp. 243-245, 1983.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. Os indesejados como inimigos: a exclusão de Seres Humanos do *status personae*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra, a. 16, n. 1, pp. 7-33, janeiro-março, 2006.
- VASSOURAS, Vera Lúcia C. O mito da igualdade jurídica no Brasil: notas críticas sobre a igualdade formal. São Paulo: Edicon, 1995.
- YOUNG, Jock. A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina. *In*: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Documentos y Cuestionarios Elaborados para el Seminario de San José (Costa Rica). Buenos Aires: Depalma, 1984.
- \_\_\_\_\_. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZIPF, Heinz. Introducción a la política criminal. Madrid: Derecho Reunidas, 1979.

# PRINCÍPIOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

**Marlúcia Lopes Ferro<sup>1</sup>**

*Introdução; 1. Classificação dos Princípios do Processo Administrativo; 2. Princípios relativos aos direitos e garantias fundamentais; 3. Princípios da administração pública; 4. Princípios do processo administrativo; 5. Dos efeitos da normatividade dos princípios; Conclusões; Referências.*

## **Introdução**

O presente estudo objetiva analisar os princípios inerentes ao processo administrativo à luz da Constituição Federal Brasileira e da Lei Federal 9.784, de 29 de Janeiro de 1999. Para tanto iremos inicialmente fazer a sua divisão por grupo. O primeiro grupo é formado pelos princípios constitucionais relativos aos direitos e garantias fundamentais, o segundo são os princípios constitucionais da Administração e por último os princípios do processo administrativo propriamente dito.

Em que pese a divisão feita, teceremos, concomitantemente, comentários sobre cada grupo, fazendo de logo a correlação existente entre o princípio debatido, sua previsão legal e o *modus operandi* de cada um dentro do processo administrativo, tratando ao final dos efeitos da normatividade dos princípios.

## **1. Classificação dos princípios do processo administrativo**

É sabido que o processo administrativo cuida dos interesses públicos, dos interesses dos administrados e dos servidores públicos. Daí porque, como conseqüências lógicas, existem os princípios gerais, com previsão no texto constitucional, que iram oferecer as linhas mestras que devem ser obedecidas. Tais limites servem para pautar a conduta do administrador e salvaguardar o patrimônio público, bem como serve de escopo para assegurar os direitos dos administrados.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade Lisboa, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará, Especialista em Processo Administrativo e em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Ceará; Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade de Fortaleza-UNIFOR Procuradora do Banco do Nordeste do

Segundo Odete Medauar<sup>2</sup> na doutrina, o rol de princípios do processo administrativo:

varia de autor para autor, segundo as concepções de cada um e o teor do direito legislado do respectivo país. Especificamente para o processo administrativo a Constituição prevê o princípio do contraditório e da ampla defesa. Os demais decorrem de formulação doutrinária, jurisprudencial e legal.

Como uma das formas de introdução dos princípios ao processo administrativo é a legal, podemos então afirmar que a Lei 9.784/99 (Lei Geral do Processo Administrativo Federal – LGPAF), que se aplica a todos os processos administrativos no âmbito federal traz algumas premissas que foram denominadas ora de princípios, ora de critérios, ora de direitos e deveres.

O art. 1º da Lei 9.784/99, ratificando a Constituição Brasileira de 1988, traz como *princípios* aplicáveis aos processos administrativos: a *legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência*, que devem presidir a atuação da Administração Pública.

Como *critérios* a Lei 9.784/99 estabelece nos incisos I a XIII do § único do art. 2º:

I – atuação conforme a lei o Direito; II – atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei; III – objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades; IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé; V – divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição; VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; VII – indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; X – garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; XI – proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei; XII – impulso de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

São os seguintes os *direitos dos administrados*: I – ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações; II – ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e

---

Brasil S/A e Professora Universidade de Fortaleza - Unifor.

<sup>2</sup> MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1996.

conhecer as decisões proferidas; III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; IV – fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei (art. 3º).

São os seguintes os *deveres dos administrados* (art. 4º): os quais expressam o dever de colaboração do indivíduo para com a administração: I – expor os fatos conforme a verdade; II – proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé; III – não agir de modo temerário; IV – prestar as informações que lhe forem suscitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

Para efeito de nosso estudo, adotaremos a divisão feita por Nelson Nery Costa<sup>3</sup> que classifica os princípios do processo administrativo em três grupos. No primeiro, os *princípios constitucionais relativos aos direitos e garantias fundamentais, previstos em incisos do art. 5º, do texto constitucionais*: princípios da isonomia, ampla defesa, contraditório e legalidade. No segundo, estão os *princípios constitucionais da Administração previstos no caput do art. 37 da Constituição Federal*: princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Por último existem os *princípios do processo administrativo propriamente dito*: princípios da oficialidade, verdade material, pluralidade de instância, informalismo, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e interesses público.

## **2. Princípios relativos aos direitos e garantias fundamentais.**

Com efeito, podemos classificar como princípios principais relativos aos direitos e garantias fundamentais: *o princípio da isonomia, legalidade, ampla defesa e contraditória.*

*Princípio da isonomia.* A materialização primeira deste princípio se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 25.08.1789, que estabelece, em uma síntese apertada, que deveriam todos os privilégios pessoais ser abolidos. Segundo este princípio todos são iguais perante a lei. E, para que haja esta igualdade, o legislador deve exigir igualdade entre as pessoas frente à ordem jurídica. Daí porque, proibindo que se crie tratamento legislativo diferente para idênticas ou assemelhadas situações fáticas, impedindo está que o legislador trate desigualmente os iguais.

Para Nelson Nery Costa o princípio da isonomia aplicado ao processo administrativo, em

---

<sup>3</sup> COSTA, Nelson Nery. Processo administrativo e suas espécies. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 13.

razão do pensamento liberal no Brasil, traduz-se no sentido de que a Administração deve atuar considerando que a lei é igual para todos os administrados, ou pelo menos, igualdade jurídica para os iguais, não levando em consideração os aspectos sociais da igualdade’.

Carlos Roberto de Siqueira Castro<sup>4</sup> ao tecer comentários sobre o referido princípio, fala das diversas possibilidades de aplicação do citado princípio, *verbis*:

No Estado liberal desenvolvido política e economicamente, por exemplo, a regra da igualdade perante a lei tem operado à guisa de vigoroso escudo de proteção ao indivíduo contra os excessos, de intromissão na liberdade por parte de governos intervencionistas, caso em que o cânone isonômico passa a engrossar as fileiras da série de medidas e princípios garantidores da liberdade econômica formal dos sistemas de democracia capitalista. Pode-se também lançar mão do postulado igualitário para, com ele, obterem-se maiores conquistas no campo da justiça social, para tanto, emprestando-lhe um alcance renovado e consuetâneo com a vocação humanista e socializante dos dias atuais que correm, e desse modo desgarrando-o de suas origens e limitações burguesas.

Em suma, o princípio da isonomia no processo administrativo significa que todos aqueles que estão enquadrados no fato definido na norma devem ter o mesmo tratamento, merecem a mesma proteção da lei. Não deve, portanto, haver privilégios para alguns em detrimento dos outros que preencham a mesma hipótese legal.

*Princípio da Legalidade.* Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem o surgimento do Estado de Direito, ou seja, do Estado que está sujeito às próprias leis que emana do seu poder normativo.

Com efeito, o princípio da legalidade é a base da conduta dos agentes da administração. Este princípio ampara ao particular e serve ao interesse público na defesa da norma positiva, dando-lhe um caráter de imparcialidade.

Assim, todo processo administrativo deve ter por escopo uma norma legal específica para garantir-lhe a legalidade dos seus atos, sob pena de tornar-se inválida, sob a ótica do inciso II do art. 5º da Carta Política: “*Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”.

Na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>5</sup>, o princípio da legalidade:

Implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas.

---

<sup>4</sup> CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 64 e 65.

<sup>5</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. Revista de Direito Público. n. 90, a. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais. abr./jun, 1989.p. 57-58.

Ou seja, enquanto os administrados no campo privado podem fazer tudo o que a lei não proíbe, o administrador só poder atuar onde a lei autoriza.

O efeito desse postulado para o particular é de extrema importância, havendo dissonância entre a conduta do administrador e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude.

Há de fazer-se uma distinção entre o princípio da legalidade - que significa a sujeição e subordinação do comportamento às normas e prescrições editadas através do processo legislativo - com relação ao princípio da reserva legal, que decorre daquele, de que a atuação da pessoa está subordinada à lei, de modo que determinadas matérias só podem ser normatizadas mediante lei formal.

Daí porque o regulamento que vai dispor sobre o processo administrativo deve ter suporte legal, deve observar se a matéria é disciplinada mediante lei formal e se limita a atuação da administração ao cumprimento e observação das condições predeterminadas pela legislação.

*Princípio da ampla defesa.* Esse princípio decorre do *due process of law* (devido processo legal) e foi agregado à Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, inciso LV<sup>6</sup>, Reza o Carta Constitucional que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Para Cármen Lúcia Antunes Rocha<sup>7</sup> o devido processo legal, vinculador de todo procedimento administrativo, compreende um conjunto de elementos jurídicos garantidores de direitos fundamentais quando ameaçados, lesados ou simplesmente questionados, tais como o direito à ampla defesa, ao contraditório, ao juízo objetivo e devidamente motivado, atuando como instrumento legitimador da ação administrativa. A referida autora conclui seu pensamento afirmando:

Que o direito constitucional ao devido processo legal na via administrativa inclui em seu bojo pelo menos as seguintes garantias básicas por parte do administrado: a) *direito de ser ouvido*; b) *direito ao oferecimento e produção de provas*; c) *direito a uma decisão fundamentada*.

Pode-se entender a *garantia a ampla defesa* como a oportunidade de contestar-se, produzir provas de seu direito, acompanhar os atos de instrução e utilizar os recursos cabíveis. Ou

---

<sup>6</sup> A Constituição Federal, no seu art. 5º, LV, reza que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerente”. Esse postulado tem respaldo na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, art. XI, nº 1 que diz que: “Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

<sup>7</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. Revista de

seja, devem ser asseguradas as condições para que a defesa possa ser ampla e justa.

Sob essa ótica, a Lei 9.784/99 consagra como direitos básicos do administrado no processo administrativo “*formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente (art. 3º, III)*”. Por outro lado, a ampla defesa também implica o direito de impugnar a decisão pronunciada, ainda na via recursal administrativa, sem óbices pecuniários (cauções, depósitos) sejam impostos, dificultando, e, em alguns casos, inviabilizando o preceito constitucional da ampla defesa.

É importante frisar que é com fundamento no princípio da ampla defesa que o administrado ou servidor público gozam do direito de não se auto-incriminar.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>8</sup>:

O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou poder sancionário do Estado sobre pessoas físicas e jurídicas. É o que decorre do art. 5º, LV, da Constituição e está também expresso no artigo 2º, parágrafo único, da Lei 9.784, que impõe, nos processos administrativos, sejam assegurados os “direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio.

Há de observar-se que a Constituição do Brasil não mais limita o contraditório e ampla defesa aos processos administrativos punitivos em que haja acusados. Estende tais garantias a todos os procedimentos administrativos punitivos (externos e disciplinares) ou não-punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes (CF, art, 5º LV), ou seja, sempre que haja conflito de interesses há de ser observado ambos os princípios.

*Princípio do Contraditório.* Nelson Nery Costa, na obra já citada, esclarece que o direito de ampla defesa exige a bilateralidade, determinando a existência do contraditório. O contraditório está inserido dentro da ampla defesa, quase com ela se confundido integralmente, na medida em que uma defesa não pode ser senão contraditória, sendo esta a exteriorização daquela. Frente a todo ato produzido, deve caber igual direito da outra parte de opor-se ou dar-lhe outra versão, que não a já posta, ou, mesmo, dando outra interpretação jurídica diferente da feita pela acusação. Daí decorre o caráter dialético do processo que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz, não bastando o simples oferecimento de oportunidade para produção de provas, mas também a quantidade e a qualidade

---

Informação Legislativa. Brasília, n. 136, a. 34, out/dez, 1997, p. 05-28.

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

de defesa devem ser satisfatórias.

Em perfeita sintonia ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a Lei 9.784/99 assegura ao administrado os direitos de ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei (art. 3º, incisos II, III e IV).

O art. 46 da lei concede o direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvando, porém, os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.

A Lei 9.784/99 impõe, ainda, como decorrência do princípio do contraditório, a intimação do interessado nos seguintes casos: para ciência de decisão ou efetivação de diligências (art. 26); para conhecimento de atos do processo que resultem em imposição de deveres, ônus, sanções ou restrição ao exercício de direitos e atividades e para os atos de outra natureza, de seu interesse (art. 28); para a prestação de informações ou a apresentação de provas (art. 39), para apresentar alegações, em caso de interposição de recurso (art. 62). A intimação deve ser feita com antecedência mínima de três dias úteis quanto à data de comparecimento (§ 2º do art. 26) ou para apresentação de prova ou realização de diligência (art. 41), podendo ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado (§ 3º do art. 26); no caso de interessados indeterminados, desconhecidos ou com domicílio indefinido, a intimação deve ser efetuada por meio de publicação oficial (§ 4º do art. 26).

A inobservância da lei no que diz respeito à intimação é causa de nulidade, porém o comparecimento do administrado supre sua falta ou irregularidade (§ 5º do art. 26). Além disso, o desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado (art. 27).

Na fase de instrução, o interessado pode juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir legações referentes à matéria objeto do processo (art. 38); terminada a instrução, ele tem o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado (art. 44).

### 3. Princípios da administração pública

O *caput do art. 37* prevê como princípios da administração pública: a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

*Princípio da Impessoalidade.* Consiste este postulado na orientação obrigatória que a Administração deve ter quanto ao interesse público, afastadas todas e quaisquer inclinações ou interesses pessoais. Há de ser demonstrada a relação entre a finalidade buscada pelo legislador e os princípios do sistema legal sob pena de inconstitucionalidade. Daí poder-se usar a expressão princípio da impessoalidade ou princípio da finalidade, pois deve estar presente a idéia de que os poderes da Administração precisam voltar-se para as finalidades públicas.

A bem da verdade, o que se busca é que a coisa pública ou a atividade pública não sejam apropriadas ou *privatizadas*, a função pública não pode ser desviada para o atingimento de finalidade pessoal contra o interesse geral da sociedade.

*Princípio da Moralidade.* A moralidade pode ser entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração, reconhecendo como uma instituição finalisticamente orientada, no sentido de que os seus agentes, além de estarem submetidos à forma da lei, devem ter uma conduta profissional dentro dos padrões morais correntes. A moralidade administrativa está relacionada com a finalidade pública e, por conseguinte, não basta observarem-se os aspectos da lei formal, mas também se no processo administrativo existe um compromisso com a honestidade e com o interesse público.

*Princípio da Publicidade.* O processo administrativo tem que seguir o princípio da publicidade, de modo a expor ao controle dos administrados a atuação pública. O interessado deve ter acesso ao processo, o que significa ser citado ou intimado de todos os atos processuais, poder examinar e fazer anotações do que entender de seu interesse, permitindo, inclusive, requerer certidão das peças que desejar, a não ser que o interesse público determine que haja o sigilo, hipóteses asseguradas pelos incisos XXXIII e LX do art. 5º da Constituição Federal.

Cabe exceções ao princípio da publicidade. No momento em que este direito de acesso afrontar garantias constitucionais pode ser excepcionado, instaurando-se a sua tramitação de forma sigilosa. Isso ocorre quando do processo possam constar dados atinentes à intimidade da pessoa, direito consagrado constitucionalmente.

Foi regularizado o acesso a documentos públicos considerados sigilosos a partir da edição do Decreto Federal nº 2.134, de 24.01.97, regulamentado a Lei Federal nº 8.159, de 08.01.91.

A Emenda Constitucional nº 19 de 1998, relativa à *Reforma Administrativa*, incluiu no *caput* do art. 37, da Constituição Federal, o princípio da eficiência, que pode ser compreendido como o dever imposto a todo agente público de efetuar suas atribuições, como a doutrina já entendeu, com “presteza, perfeição e rendimento funcional”.

#### **4. Princípios do processo administrativo**

São princípios do processo administrativo propriamente dito os da oficialidade, verdade material, pluralidade de instância, informalismo, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança pública e interesse público.

*Princípio da Oficialidade.* Por força desse princípio cabe à Administração a movimentação do processo administrativo, ainda que a iniciativa tenha sido de particular, até a decisão final. Como a perseguição do interesse público constitui dever da Administração, impõe a autoridade administrativa competente a obrigação de dirigir, ordenar e impulsionar o procedimento, de tal forma a resolver eficientemente a questão trazida a baila. A Lei 9.784/88 determina “*a observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (art. 2º, VII)*”.

A bem da verdade, não se pode ficar na dependência exclusiva do administrado ou servidor, uma vez que o Poder Público tem que aplicar a lei de ofício. Fica a Administração, desse modo, aparelhada para instaurar o processo e tomar as medidas necessárias, como requerer perícias e diligências, bem como todos os atos exigíveis a instruir o processo. Em que pese a necessidade do movimento processual ser de iniciativa oficial, não pode haver o afastamento do administrado ou servidor público do processo, devendo os mesmos serem intimados devidamente de todos os atos fundamentais ao andamento processual, sob pena de ferir-se o devido processo legal.

*Princípio da Verdade Material.* Segundo o princípio da verdade material a Administração está autorizada a valer-se de qualquer prova de que a autoridade processante ou julgadora tenha informação, desde que obtida por meios lícitos, caracterizando-se como a busca da verdade material em contraposição à verdade formal.

*Princípio da Pluralidade de Instâncias.* O poder de autotutela de que dispõe a Administração permite-lhe rever os próprios atos, quando ilegais, inconvenientes ou inoportunos, entendimento já materializado nas Súmulas do STF n° 346 e n° 473. Assim, o princípio da pluralidade de instâncias implica que não só pode ocorrer essa revisão, como também o administrado ou o servidor público pode recorrer para instâncias hierarquicamente superiores àquela que tomou a decisão contestada. Na verdade, não existe infalibilidade no mundo terreno, de modo que todas as decisões estão sujeitas ao erro, daí a necessidade de haver uma nova instância que possa reapreciar a matéria para, inclusive, obter a verdade material, que faz com que se possam produzir provas em recurso, no processo administrativo.

*Princípio do Informalismo.* Segundo esse princípio os ritos rigorosos e as formas solenes são dispensadas, salvo se a lei determinar uma formalidade específica. Esse princípio também pode ser denominado de economia processual, porque se podem aproveitar os atos processuais que admitem o saneamento possível, cuja inobservância não prejudique o interesse público do administrado ou servidor.

Todavia, o informalismo não pode servir de pretexto para a realização de um processo administrativo mal-estruturado, sem que se observem a ordenação e a cronologia dos atos praticados.

Há de registrar-se que, os princípios do contraditório e da ampla defesa fazem com que os prazos para alegações, notificações dos sujeitos e outros atos não possam ser considerados excesso de formalismo, mas garantias dos administrados e servidores.

Não obstante, nos processos fiscal e disciplinar deve prevalecer o princípio da relevância das formas jurídicas, em razão da natureza da discussão produzida nestes processos administrativos.

A nova Lei n° 9.784/99, que regulou o processo administrativo federal, introduziu, ainda, os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica e interesse público, no seu art. 2°, de grande importância para a matéria. Pretendeu o legislador, com a edição desta nova lei, dotar o processo administrativo federal de instrumentos capazes de assegurar maior grau de certeza e segurança à Administração e aos Administrados em geral.

*Princípio Finalidade.* Consoante este postulado o administrador somente pode perseguir objetivos que atendam ao interesse da coletividade, isto é, o alvo administrativo deve consistir sempre na satisfação do interesse público.

*Princípio da Motivação.* Este princípio é a justificativa expressa de que o agente administrativo no exercício do *múnus* público tem o dever de mencionar expressamente nas suas decisões os motivos, as razões que o conduziram à prática do ato, sob pena de ser nulidade (Lei 9.784/99; CF, art. 93, IX e X).

*Princípio da Razoabilidade.* Por tal princípio a lei pretende invalidar aqueles atos que, nos processos administrativos, apresentem incongruência entre o motivo e o objeto. Há que se demonstrar que o motivo não se coaduna com o objetivo de evocação.

José dos Santos Carvalho Filho<sup>9</sup> entende que “*é necessário examinar com precisão o sentido desse princípio, sob pena de se chegar a conclusões dissonantes dos postulados do direito*”.

A razoabilidade tem duas dimensões, a *racionalidade* (atenção as regras de lógica) e a razoabilidade em sentido estrito (o que seria o consenso da sociedade sobre um determinado ponto, ou seja, o que seria o bom senso da coletividade).

Na solução do problema da aplicação dessas duas dimensões, trazemos a lição do mestre José dos Santos Carvalho Filho<sup>10</sup> que assim leciona:

*Razoabilidade é qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que totalmente razoável para uns, pode não ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos *standards* de aceitabilidade. Dentro desse quadro, não pode o juiz controlar a conduta do administrador sob a mera alegação de que não a entendeu *razoável*. Não lhe é lícito substituir o juízo de valor do administrador pelo seu próprio, porque a isso se coloca o óbice da separação de funções, que rege as atividades estatais. Poderá, isto sim, e até mesmo deverá controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos.*

E, continua, o citado autor por afirmar em síntese que a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas, gerando a falta da referida congruência a violação ao princípio da legalidade, por que, no caso, ou há vício nas razões impulsionadoras da vontade, ou o vício estará no objeto desta. A falta de razoabilidade, na hipótese, é puro reflexo da inobservância de requisitos exigidos para a validade da conduta.

Diz-se que princípio da moralidade ou da impessoalidade foi violado quando a falta de razoabilidade se calca em situação na qual o administrador tenha em mira algum interesse

---

<sup>9</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

<sup>10</sup> Op. cit. p. 16.

particular. Não se pode alegar violação princípio em tela quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

*Princípio da Proporcionalidade.* Enuncia a idéia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade do interesse público a que estão atreladas. Nenhum gravame imposto ao indivíduo deve ter dimensão maior do que a exigida pelo interesse público.

A medida tomada pelo administrador, em nome desse princípio, deve ser obedecer ao tripé: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. *Adequada:* diz adequada quando a medida é de natureza a realizar um direito fundamental. *Exigível:* apenas aquele meio é necessário para evitar o mal (aquele meio é necessário para atingir os direitos fundamentais). *Proporcionalidade em sentido estrito:* proibição de excessos; a medida deve causar o menor mal possível.

Como se vê, a Lei 9.784/99 consagra tal princípio explicitamente, determinando, no processo, como de resto em toda atividade administrativa, uma “*adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público*” (art. 2º, VI).

*Princípio da Supremacia do Interesse Público.* Sabe-se que as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Não é o indivíduo sozinho destinatário de tal atividade, mas o grupo social como um todo. Logo, num conflito entre o interesse público e privado, há de prevalecer o interesse público, da coletividade. O Estado, nesse sentido, confunde-se com o próprio bem estar da comunidade geral.

*Princípio da Segurança Jurídica.* Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>11</sup> afirma em sua obra já aqui referida que apesar de tal postulado não está incluído entre os princípios da Administração Pública nos livros de direito administrativo, a Lei 9.784/99 passou a incluí-lo no processo administrativo. Termina por afirmar que a inclusão de tal princípio se deu com o objetivo de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública (art. 2º, § único).

O princípio citado tem que ser aplicado com parcimônia, para não se levar ao despautério de impedir a Administração de anular atos praticados com inobservância da lei. Afirma a autora

---

<sup>11</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.30.

“nesses casos não se trata de mudança de interpretação, mas de ilegalidade, esta sim a ser declarada retroativamente, já que atos ilegais não geram direitos.”<sup>12</sup>

Por último, vale lembrar que em nome do *princípio da autotutela*, não precisa a administração ser provocada para o fim de rever seus atos. Pode fazê-lo de ofício. Este princípio envolve dois aspectos quanto à atuação administrativa: 1º) aspectos de legalidade, em relação aos quais a Administração, de ofício, procede à revisão de atos ilegais; 2º) aspectos de mérito, em que reexamina atos anteriores quanto à conveniência e oportunidade de sua manutenção.

## 5. Dos efeitos da normatividade dos princípios

Com efeito, segundo os ensinamentos ofertados pelo eminente constitucionalista, Paulo Bonavides<sup>13</sup>:

Não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie.

A normatividade dos princípios, segundo esse Jurista:<sup>14</sup>

Caminha para o passo final da incursão teórica: a demonstração do reconhecimento da superioridade e hegemonia dos princípios na pirâmide normativa; supremacia que não é unicamente formal, mas sobretudo material, e apenas possível na medida em que os princípios são compreendidos e equiparados e até mesmo confundidos com os valores, sendo, na ordem constitucional dos ordenamentos jurídicos, a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder.

Enfim, assevera aquele conspícuo Jurista, os princípios:<sup>15</sup>

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalidade, que é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma

---

<sup>12</sup> Op. Cit. pP.30

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.260-261.

<sup>14</sup> Op cit. p. 261

<sup>15</sup> Op. cit. p. 261

das normas.

Os princípios normativos são apenas aqueles institucionalmente eficazes, e o são na medida em que se incorporam numa instituição e só assim logram de eficácia positiva. Essa normatização dos princípios do processo administrativo ocorreu com a partir da promulgação da Carta Política brasileira de 1988, e, de forma mais específica com a edição da Lei 9.784/99.

Podemos concluir que, após a normatização dos princípios aqui explanados passaram eles a lograr de eficácia positiva, sendo seu principal efeito a obrigatoriedade de sua observação na formalização dos atos administrativos, haja vista sua elevação em “*norma normarum*”<sup>16</sup>, nas palavras do grande constitucionalista Paulo Bonavides, ou seja norma das normas.

## **Conclusões**

Demonstramos, em síntese, que os princípios administrativos são postulados fundamentais que regulam todo o modo de agir da Administração pública. E, como valores que o são norteiam a conduta do Estado quando no exercício de atividades administrativas.

Os princípios administrativos consistem em fórmulas gerais que condicionam e orientam a compreensão dos problemas fáticos e que permitem a correta aplicação da lei. Deve ser preservado o interesse público, mas não pode ocorrer a violação dos direitos dos administrados ou dos servidores públicos, para que não impere o arbítrio em vez do Estado de Direito.

Conforme já registrado, não são unânimes os autores na classificação do rol de princípios do processo administrativo, todavia tentamos de forma didática e simples trazer a conceituação e a aplicação dos princípios do processo administrativo à luz da Constituição Federal e da Lei 9.784/99. Bem como demonstramos que a consequência principal da normatividade de tais princípios é a sua obrigatoriedade, uma vez que foi elevado, segundo o eminente Paulo Bonavides a “*norma normarum*” (norma das normas).

Assim, esperamos que nos momentos de dúvidas sobre a correta aplicação dos princípios do processo administrativo aos casos *in concreto*, este “Texto” possa servir aos leitores de um “socorro” rápido nos momentos de *stress* que o trabalho por vezes nos coloca. Equívocos podem ter ocorrido no decorrer das linhas aqui expostas, pois todos somos falíveis, felizmente somos falíveis, pois somente com os erros poderemos acertar no amanhã.

## Referências

- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1997.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio da isonomia e a igualdade da mulher no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- COSTA, Nelson Nery. Processo administrativo e suas espécies. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Leqalidade: motivo e motivação do ato Administrativo. Revista de Direito Público. n. 90, a. 22. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abril-Junho, 1989. p. 57-69.
- MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 136, a. 34, out/dez, 1997, p. 05-28.

---

<sup>16</sup> Op cit. P. 261